FILOSOFIA DEL DIRITTO

SERIE DELLE OPERE DI F. ORESTANO

VOLUMI GIÀ PUBBLICATI

— *Nuovi princìpi*, 2ª ed., vol. I.

— *Idee e concetti*, vol. II.

— *Il nuovo realismo*, vol. III.

— *Nuove vedute logiche*, vol. IV.

— *Verità dimostrate*, 2ª ed., vol. V.

— *Celebrazioni* (I), vol. VI.

— *Celebrazioni* (II), vol. VII.

— *Filosofia del diritto*, vol. VIII.

— *Saggi giuridici*, vol. IX.

— *Verso la Nuova Europa*, 3ª ed., vol. X.

IN CORSO DI PUBBLICAZIONE
nell'anno 1941-XIX

— *I valori umani*, 2ª ed., vol. XI.

— *Prolegomeni alla scienza del bene e del male*, 2ª ed., vol. XII.

— *Conversazioni filosofiche*, vol. XIII.

— *Filosofia dell'arte o Poetica*, vol. XIV.

— *Studi danteschi*, vol. XV.

Gli altri volumi XVI a XXV seguiranno negli anni 1942 a 1943

OPERE COMPLETE DI F. ORESTANO
Vol. VIII

FRANCESCO ORESTANO
Accademico d' Italia

FILOSOFIA DEL DIRITTO

MILANO
FRATELLI BOCCA - EDITORI
1940-XIX

ALLA SACRA MEMORIA DI MIO PADRE

LUIGI

MAGISTRATO SOMMO

CHE CONCEPÌ E DICHIARÒ IL DIRITTO

SEMPRE E SOLTANTO

COME GIUSTIZIA

INDICE

PREFAZIONE

Questa mia Filosofia del diritto *giunge dopo 15 anni dall'annuncio datone nella 1ª edizione dei miei* Nuovi Principi *(Roma, 1925).*

Pensavo allora di potermi limitare a pubblicare un mio Corso di lezioni *di questa disciplina — che circolò per alcuni anni a dispense — tenuto alla Facoltà giuridica dell'Università di Palermo nell'anno 1923-24, in sostituzione temporanea di Alessandro Bonucci, su proposta e a invito del Preside Salvatore Riccobono.*

Via via l'opera crebbe e non c'è bisogno di dire perchè. Nel 1931 essa era compiuta, pronta anche nella veste tipografica per la pubblicazione. Miei amici e discepoli hanno potuto vederla ancora in questi giorni così, manoscritto e bozze di stampa corrette.

L'opera constava, come il presente volume, di una Introduzione *e di dieci capitoli: Cap. I,* Autonomia ed eteronomia del diritto; *Cap. II,* Definizione del diritto; *Cap. III,* Diritto e ordine; *Cap. IV,* Il

diritto categoria dell'ordine; *Cap. V*, Il diritto e la dialettica dell'ordine; *Cap. VI*, Il diritto e l'economia dei valori umani; *Cap. VII*, Il sistema protettivo; *Cap. VIII*, Lo Stato; *Cap. IX*, La coazione nel diritto; *Cap. X*, La legislazione.

Alcune parti vennero anche fuori, come anticipazione del volume. La « Rivista Internazionale di filosofia del diritto » pubblicò l'introduzone, col titolo: Introduzione alla mia filosofia del diritto (*1931, fasc. II*). *L'« Archivio di filosofia » pubblicò il capitolo IV* (*1931, fasc. II*). *Gli « Atti della XX Riunione della Società Italiana per il progresso delle scienze »* (*Milano, settembre 1931*) *pubblicarono un compendio di alcuni capitoli sotto il titolo*: La logica del diritto; *i « Rendiconti della Classe di scienze morali ecc. della Reale Accademia Nazionale dei Lincei », seduta del 20 dicembre 1931, pubblicarono una mia comunicazione di alcuni spunti principali dell'opera, col titolo*: Osservazioni sul diritto; *altri cenni ne feci nell'VIII Congresso Nazionale di filosofia della Società Filosofica Italiana a Padova 1934-XIII* (*v.* Atti). *Tuttavia il volume non fu pubblicato ed ecco la ragione.*

Le mie indagini sulle funzioni logico-categoriche che presiedono alla formazione dei comandi giuridici *mi avevano condotto a rilevare una impressionante analogia di esse con quelle che presiedono alle sintesi costruttive e agli sviluppi analitico-combinatori degli* enti matematici. *In particolar modo veniva per me in chiara luce una* funzione ordinante *propria dei nostri poteri logico-categorici, in virtù del-*

la quale il diritto mi si configurava come una scienza dell'ordine, *tanto quanto la matematica nella sua più recente evoluzione* (1).

Molti avevano in verità definito il diritto ordine, *ma poi avevano ritenuto superfluo indagare sull'*ordine *stesso, contentandosi di prendere questo termine nel suo significato empirico.*

La constatazione da me fatta apriva ora uno spiraglio verso un reale approfondimento della funzione ordinante. *Di lì a riconoscere che l'*ordine, *più che un modo o prodotto di attività mentali limitate a taluni campi — il diritto, la matematica —, è una* categoria, *o coordinata massima, di più ampia funzionalità e universalità che i vari gruppi di categorie finora definiti, il passo era breve. Ma io ho impiegato degli anni prima di decidermi a farlo.*

Nella 1ª edizione dei Nuovi Princìpi *ero pervenuto a risolvere tutti i nostri schemi mentali logici e categorici nella* categoria della relazione, *da me definita* categoria delle categorie. *Ma nel quadro di tali schemi da me allora disegnato non figurava affatto la funzione ordinante o* categoria dell'ordine, *com'è vero ch'essa non figura neppure oggi in nessun quadro di funzioni mentali, in nessuna classificazione delle categorie finora proposta, da Aristotele a Kant, a Rosmini e a qualsiasi più fresco autore.*

Eppure, fatto quel passo, l'intera struttura men-

---

(1) V. il mio saggio *Matematica e filosofia* nel vol. IV: *Nuove vedute logiche*, Milano, Bocca, 1939-XVII.

tale mi rivelò la sua sorprendente unità *nella molteplicità delle* forme logiche e categoriche, tutte sottospecie della supercategoria dell'ordine, *subalterna a sua volta soltanto alla* categoria della relazione. *Cadde così la classica inesplicabile e sterile separazione tra la logica da una parte e le categorie dall'altra; si compose in un quadro supremamente armonico l'intero* sistema delle nostre coordinate massime, *sì logiche, che categoriche, costruito con funzioni diverse da un medesimo* potere ordinante *sulla base della più universale capacità d'istituire* relazioni *qualunque e* relazioni di relazioni *aventi un particolare ufficio e significato; divennero finalmente chiare le ragioni delle inerenze funzionali reciproche fra tutte le coordinate medesime; si profilarono impensate capacità di sviluppi solidali indefiniti, tanto nel tradizionale campo logico, divenuto nulla più e nulla meno che la disciplina del* pensiero coerente, *quanto nel tradizionale campo categorico, divenuto invenzione di* modelli di concettualizzazione *per ogni possibile pur ipotetico incontro fra pensiero e realtà; tutto il progresso della scienza mi apparve come un gigantesco sforzo mentale per tradurre le relazioni caotiche dell'esperienza volgare in* relazioni ordinate *o* costanti scientifiche; *la categoria dell'ordine infine assurse alla funzione suprema di matrice di tutte le* sintesi relazionali *aventi un qualche significato o ufficio, dalle più alte forme della conoscenza ai prodotti più potenti e resistenti della creazione spirituale, compresa la poetica. Il concepimento di un nuovo modulo*

matematico o fisico, un'invenzione tecnica, la determinazione d'un nuovo istituto giuridico, una composizione della poesia o dell'arte mi apparvero come aspetti diversi di un medesimo supremo potere ordinante dell'intelletto umano, di quello che seguendo Aristotele è chiamato noũs poietikós.

Nè questo era tutto. La visione unitaria da me laboriosamente conquistata mi dava, per esempio, modo di scoprire finalmente, che tutta la logica sillogistica, *cioè* classificatoria, *che da Aristotele in poi aveva tenuto il primo posto tra i poteri della mente, usurpando il titolo di* logica formale o pura, *altro non era se non la* logica interna *d'una sola fra tutte le categorie o coordinate massime della nostra mente, la* categoria della sostanza. *Da ciò il trasferimento da me operato della* sillogistica *dal campo meramente logico al categorico. Inversamente mi riusciva possibile estrapolare da molte funzioni categoriche e più specialmente dal gruppo delle categorie matematiche tutto un insieme di* leggi del pensiero coerente, *che potevano essere innalzate in un cielo di equazioni logiche valevoli per un universo del discorso più vasto del loro campo originario d'impiego; epperò avevano veramente titolo per occupare il rango della cosiddetta* logica pura o formale, *da me ribattezzata, a eliminare qualsiasi equivoco,* omologia. *L'omologia acquistava così una ricchezza insperata di modelli, oltre il tradizionale appannaggio dei tre famosi, ma stecchiti e tautologici* princìpi d'identità, non contradizione e terzo escluso.

Compiuta questa riforma generale della teoria degli schemi logici e categorici, da me esposta nella 2ª edizione dei Nuovi Princìpi *(1939-XVII, vol. I delle mie* Opere) *e nel volume* Nuove vedute logiche *(1939-XVII, vol. IV); chiusasi la singolare avventura che aveva preso origine dalle mie indagini sul diritto, sono tornato al diritto.*

Il volume che ora presento ha una corrispondenza schematica, quasi simmetrica con quello del 1931, dove i capisaldi erano fissati — basta confrontare i due indici —; nel resto ha dovuto essere interamente rifatto. Nè me ne dolgo, perchè sono oggi in grado di offrire agli studiosi un frutto più maturo. La mia tesi può essere certo sviluppata e migliorata, ma nella sua impostazione filosofica per me è definitiva. Altri pensi come vuole, la mia *filosofia del diritto è questa.*

Debbo anche avvertire che essa costituisce la pietra di paragone del mio sistema filosofico. Se ho potuto arrecare in questo campo solidificato da stratificazioni millenarie, battutissimo e ribattutissimo in ogni senso dalla dottrina e dalla prassi, un quid novi, *ciò vuol dire che la mia filosofia ha ragione; che la mia teoria delle strutture mentali ha ragione; che la mia riforma degli schemi logici e categorici ha ragione.*

E qui vorrei dire una parola ai giovani. Sono trascorsi oltre quarant'anni che quando conseguii con lode la laurea in giurisprudenza trattando una tesi di filosofia del diritto per l'appunto. Allora sapevo dire benissimo che cosa era il diritto. Andando a-

vanti negli anni, nelle esperienze della vita e nella riflessione, mi sono accorto che non lo sapevo affatto. Ce n'è voluto prima che mi si rivelassero nuovi postulati e mi si illuminassero nuove tesi, movendo dalle quali ho potuto realizzare, se non m'inganno, delle approssimazioni più penetranti nello studio dei fenomeni giuridici. Padronissimo chiunque di mettere tutto questo tempo a carico del mio tardigrado modo di procedere. Posso tuttavia assicurare di non aver perduto un'ora sola e che nessuna delle esperienze di tutti questi anni, nessuno specialmente dei grandi insegnamenti storici di questa nostra età eminentemente rivoluzionaria, è andato perduto. Faccia chi vuole e può più sveltamente e meglio di me — e Dio sa com'io sinceramente lo desideri —; ma ai giovani debbo dire: non siate corrivi, neppure nel darmi ragione, e studiatevi sopratutto di leggere bene nel gran libro della vita.

* * *

Questa mia opera viene alla luce in un momento d'una gravità e drammaticità unica nella storia del mondo. Tavole di valori lungamente venerate vengono abbassate dai loro altari e infrante; princìpi di organizzazione della vita personale e associata, entro la cui guida le società parevano pacificate e avevano almeno per qualche verso progredito, sbanditi in blocco senza discriminazione; tutti indistintamente gl'istituti giuridici d'ordine pubblico e privato, presi nelle spire d'una crisi rivoluzionaria

e sospesi nell'ansiosa contrastante ricerca di basi nuove.

Sottratto al diritto positivo quell'attributo della certezza, *che sola garantisce la continuità e regolarità delle relazioni umane, tutto è diventato problematico e polemico nella vita. Tutti i valori umani più elementari, a cominciare dal valore della vita, hanno perduto i fermi appoggi formatisi nel travaglio di millenni d'evoluzione e di rivoluzioni; han dovuto riprendere il calvario sanguinoso della loro giustificazione e del loro riconoscimento. E così tutto il problema umano, dal destino dei popoli e degli Stati ai modi legittimi e utili della vita quotidiana, si ripropone oggi da capo, tra lo smarrimento e la confusione generale, come se millenni di esperienze giuridiche non avessero insegnato nulla.*

*L'ora della crisi rivela intanto quale somma d'interessi, di bisogni, di affetti, di speranze si raccoglieva fiduciosa sotto la custodia apparentemente formale e astratta d'un comando del diritto; fino a qual punto l'intero ordinamento giuridico era permeato in ogni sua parte di umanità, più esattamente, di ragioni della vita pervenute alla conquista d'una protezione legale attraverso una durissima e diuturna lotta, la lotta per il diritto; quale tenue e immensa cosa è l'*ordine, *trama sottilissima eppur tenacissima, che può essere quando si voglia squarciata con la violenza, ma che solo i secoli e i millenni possono costituire e ricostituire.*

Per un vero prodigio spirituale l'Italia è innan-

zi a ogni altro paese del mondo nell'opera di riassestamento dei suoi istituti giuridici. Prima a comprendere la portata rivoluzionaria della Grande guerra, l'Italia Fascista sotto la guida del suo Duce, capo spirituale oltre che politico, ha dato e dà ogni giorno al mondo l'esempio d'una rivoluzione compiuta senza stragi, con le leggi; non diretta a invalidare l'ordine, ma a salvarlo; non a rinnegare tutta la tradizione, ma a preservarne tutti e soli i valori vivi e perenni; non pure a demolire quanto era vizioso e ingiusto negli ordinamenti e nei « falsi assoluti » del passato, ma a costruire il nuovo edificio del diritto sulle salde fondamenta d'una più intrinseca giustizia.

La grandiosa impresa legislativa del Fascismo, che ha compreso profondamente la potenza ordinante e pacificatrice del diritto, risolve quotidianamente nel campo delle leggi positive un'infinità di problemi massimi e minori, vecchi e nuovi, dalla costituzione politica alla riforma dei codici e alle legislazioni speciali. Questa rivoluzione, che ha tolto gl'istituti giuridici alla loro staticità del passato per immetterli nel flusso impetuoso di un divenire a ritmo veloce, ripropone alla discussione tutto l'asse dei princìpi ereditari, l'essenza, il fondamento stesso del diritto.

A questo riesame necessario, già intrapreso da molti valenti ingegni, mi sono proposto di arrecare il mio contributo col presente volume, che se s'innalza sulle basi della mia personale filosofia, elaborata col lavoro assiduo d'un quarantennio, ha fat-

to tesoro delle esperienze uniche e insostituibili delle guerre e delle rivoluzioni di quest'ultimo tempestoso quarto di secolo.

Sono convinto che l'opera esemplare del Fascismo nel campo della legislazione potrà in doppio modo profittare di una revisione filosofica dei fondamenti del diritto: acquistando una più franca sicurezza nell'azione rivoluzionaria, guidata da una nozione esatta delle possibilità e impossibilità del diritto, quanto dire della reale funzione e dei « limiti di variabilità » dei comandi giuridici; e riuscendo più convincente non soltanto per le coscienze degl'Italiani, ma per il mondo civile, che guarda oggi all'Italia, maestra di diritto alle genti nei secoli e nei millenni, per averne ancora una volta, nell'estremo scompiglio dell'ora presente, ammaestramento e guida.

E penso che si tratta d'una missione imperiale dell'Italia, anche oltre tutte le sue frontiere, oltre tutti i suoi territori, chè l'imperialismo spirituale non conosce barriere nè tramonti. Roma insegni, la cui signoria, per la virtù della sua sapienza ordinante della vita, ha superato gli evi e durerà quanto il mondo lontana. L'imperialismo spirituale fascista dovrà rinnovare i fasti di Roma.

* * *

Questo libro, al quale mi sono accinto dopo la nostra entrata in guerra contro i due Imperi più potenti del mondo, ha nella serie delle mie opere una

singolare analogia coi miei Prolegomeni alla scienza del bene e del male, *scritti nel primo mese della guerra mondiale* (*agosto 1914, pubblicati in Roma con la data del 1915*). *E non solo perchè i due più grandi eventi della storia contemporanea mi hanno sollecitato l'una e l'altra volta a portare a rapida conclusione le mie ricerche annose, allora nel campo della* morale, *oggi nel campo del* diritto; *ma perchè una medesima ansia di ricostruzione, un medesimo bisogno di riaffermare i valori della vita mi ha animato nel duplice lavoro, impostomi come adempimento d'un dovere.*

Nel libro sulla morale *chiedevo alla* scienza, *unica autorità universale superstite nel crollo o nella manifesta insufficienza dell'autorità di altri princìpi universali, di rivelare essa quanto c'è di trascendentale nel « sistema della vita » e di « ribattezzare nella oscurità tutelare del mistero come in un rito » questo divino possesso « sacro e inviolabile ».*

Nel presente libro una medesima riaffermazione emerge da uno studio rigoroso del diritto, nella sua funzione essenziale in seno al « sistema protettivo dell'economia della vita e dei suoi infiniti valori » — un infinito nel finito —.

Se l'opera di quotidiana edificazione dei valori della vita nello stento, con pena, con l'esercizio strenuo delle più ardue virtù, non deve risolversi in un giuoco inane e folle; se la stessa strage umana, se i sacrifici estremi, gli eroismi che ogni conflagrazione costa al mondo, non debbono essere stati invano,

quasi momenti di delirio, d'incubo, dileguanti con l'eco dell'ultimo pianto nei ricordi labili distratti evanescenti di altre generazioni immemori; ricostruire bisogna, ma durevolmente; ricominciare a vivere bisogna, ma riassettando gl'interessi e i modi della vita su una piattaforma quanto meno più salda, più stabile di quella ch'è andata distrutta.

All'opera di ricostruzione del mondo occorre un nuovo « sistema protettivo », e gli elementi costruttivi più solidi del sistema non possono essere forniti che dal diritto. Con questa convinzione certo condivisa da molti, ma non proprio da tutti (chè giuristi e filosofi scettici non ne mancano), ho affrettato l'esposizione delle mie conclusioni, convergenti nell'unico principio: che le ferme guide d'un ordine più giusto, di cui il mondo è in cerca, coincidono con una visione più generosa dell'inscindibile e irrecusabile solidarietà di tutte le economie particolari della vita e dei suoi valori. In questa più alta comprensione e volontà di attuare un meglio ordinato « sistema protettivo » può il mondo evitare le periodiche catastrofi sterminatrici; uscire dall'insensata alterna vicenda di fare per distruggere e di distruggere per rifare; edificare in modo positivo valori umani realmente universali e imperituri.

Certo non possiamo tutto attenderci dal diritto. Ridurre a questo il problema sarebbe un'astrazione. Il diritto, come vedremo, è condizionato da fattori che lo eccedono d'ogni parte e agiscono in una sfera di determinanti d'ordine infinitamente

più complesso. Da ciò anche le non infrequenti rotture violente dell'equilibrio giuridico, le quali ne travolgono il delicato assetto. Ma fra tutti i comandi che investono la vita, nessun altro sistema di norme ha il duplice privilegio che il diritto possiede e che risulterà, spero, dimostrato dalle nostre analisi: di dare certezza, e una certezza assoluta e indeformabile, a schemi esattamente determinati e definiti delle relazioni umane; e di non poter comandare se non modi utili all'economia della vita e dei suoi valori. Di qui la sua funzione insopprimibile, indistruttibile, eterna. Stroncata oggi, essa riprenderà, invocata e benedetta, all'alba di domani il suo paziente attuoso fruttuoso travaglio. —

* * *

Detto ciò delle origini e degl'intendimenti di questo volume, mi limiterò ad aggiungere che mi sono proposto di scrivere un libro elementare, cioè istituzionale.

L'esperto di questi studi mi saprà grado di avere esposto velocemente le sole cose essenziali e di lasciargli ampie latitudini per integrare da sè le cose dette con le sottintese. Chi sia invece nuovo a queste ricerche mi saprà egualmente grado d'introdurlo subito in medias res, esentandolo dalle molte dissertazioni collaterali, che spesso ingombrano i volumi di questa disciplina. Chi voglia poi approfondire i modi miei personali di porre i problemi e particolarmente la mia « tecnica del pensare », do-

vrà prendersi la briga di leggere almeno i miei Nuovi Princìpi *e le mie* Nuove vedute logiche (*volumi I e IV*).

Argomenti speciali si troveranno sviluppati in un successivo volume, che raccoglierà alcuni miei saggi monografici, parte editi, parte inediti, sui « principi generali del diritto », su questioni di diritto internazionale e di diritto pubblico ecclesiastico, sulla violenza sportiva, ecc.

Liberata la materia d'ogni ciarpame inutile, il mio costante sforzo è stato di renderla massimamente chiara. Tutta la mia filosofia è d'altronde così fatta: si può non accoglierla, ma si deve capire.

Forse la chiarezza, alla quale mi lusingo di essere pervenuto, toglierà attrattiva a più d'un argomento presso coloro che ne hanno discettato con elucubrazioni astruse e macchinose. Questo modo d'incupire le questioni per farne oggetto d'un pezzo di bravura è assolutamente alieno alla mia costituzione mentale e al mio gusto. A leggere certi autori affascinati dalla propria oscurità — e ce ne sono! — a me fanno l'effetto di mosche private della testa, che continuano a girare e a rigirare su uno stesso tratto senza direzione e senza scopo. Può darsi che qualche trattatista mi muova a sua volta rimprovero di aver troppo semplificato e troppo chiarito, ma io non so che farci.

Anche perchè l'effetto che io mi attendo da queste analisi non è soltanto teoretico, ma pratico. Avrebbe infatti torto chi pensasse che le questioni di filosofia giuridica non abbiano alcuna importanza

nella pratica del diritto. Legga l'opera di Claude du Pasquier, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit (*Paris-Neuchatel* 1937), *che ha avuto la felice idea di aggiungere in appendice, a ogni capitolo, numerose sentenze del Tribunale Federale Svizzero, e vedrà quante volte la giurisprudenza sotto la specie di casi particolari deve prendere posizione di fronte ai massimi problemi del diritto e risolverli con criterio filosofico.*

Se il mio libro gioverà a orientare meglio quanti hanno uffici di responsabilità verso l'ordinamento del diritto positivo, avrò dimostrato che in fondo anche la filosofia serve a qualche cosa.

Campo Carlo Magno (Zeledria), settembre 1940-XVIII.

f. o.

INTRODUZIONE

Per procedere il più speditamente possibile nell'esposizione delle mie analisi e tesi sul diritto eviterò nei capitoli seguenti, com'è del resto mia abitudine nelle trattazioni teoretiche, l'esposizione di dottrine altrui. Le sole citazioni che affioreranno nel corso del mio dettato, scelte fra le più notorie, serviranno unicamente a chiarire meglio, per somiglianza o per contrasto, le mie vedute personali.

Tuttavia la presentazione di queste non riuscirebbe pienamente perspicua, se trascurassi affatto di dire quale posto esse si propongano di assumere nella molteplicità degl'indirizzi contemporanei di filosofia giuridica e in polemica con la maggior parte di essi.

La polemica a dir vero è *in re ipsa*, e non avrebbe bisogno d'essere esplicitamente dichiarata. Ma lo studioso si orienterà certo più rapidamente nel mio campo, se io stesso gli additerò in limine la direzione che andiamo a intraprendere insieme; mentre da parte mia non sarà superfluo dimostrare subito, che questa direzione non è dovuta a un mo-

mento estroso, ma a una meditata valutazione di tutte le correnti principali del pensiero giuridico contemporaneo.

Come sempre, la mia valutazione è stata intrinseca, quindi obbiettiva e impersonale. Il mio maggior interesse è costantemente rivolto alle dottrine, non agli autori, che quasi non contano. Perciò nel rapidissimo esame di coscienza che vado a esporre parlerò più volentieri di indirizzi e tacerò, quando ne dissenta affatto, i nomi degli autori.

Nella mia valutazione mi sono anche sempre proposto di dare la precedenza alle ragioni teoretiche, direi quasi tecniche; ma sarebbe manchevolezza trascurare il momento spirituale e politico dei problemi del diritto, che incidono immediatamente sulla vita. Senz'alcun dubbio la teoria, affinchè sia vera teoria, dev'essere tenuta immune da preoccupazioni d'altro genere, le quali non possono non intorbidare la ricerca; ma poichè tutti gli aspetti dei problemi sono poi inseparabili nella vivente unità del reale, non è neppure possibile consentire con coloro che si dànno a distillare astrazioni concettuali di problematico valore teorico, disinteressandosi dei rischi e delle responsabilità che ogni posizione dottrinale, più o meno autorevolmente professata, porta con sè.

La presente *Introduzione* ha l'ufficio di caratterizzare il mio indirizzo nelle sue orientazioni generali, confrontandole con le altrui. Essa renderà anche superflue le noiose disquisizioni metodologiche preliminari.

* * *

I. Una cosa colpisce chi si affaccia a questi studi, ed è il nessun conto che i giuristi fanno della filosofia giuridica. I filosofi del diritto hanno un bell'architettare teorie su teorie, concludere sentenziando con dei « così e soltanto così », con degli « allora e soltanto allora », emettere decreti e lanciare scomuniche; i giuristi non se ne danno per intesi.

Se taluno dei filosofi del diritto riesce a farsi prendere in considerazione, non è certo fra i giuristi, ma fra non giuristi, che annettano a quelle costruzioni concettuali un qualche vago interesse estetico o peggio un interesse politico, ed è questo il lato più pericoloso.

Si riproduce tra filosofi del diritto e giuristi una situazione analoga a quella tra filosofi e scienziati. Quelli dommatizzano e questi tirano innanzi per la loro strada.

Il dualismo, non dissimulato anzi conclamato, tra filosofia giuridica da una parte e scienza e prassi del diritto dall'altra, non dev'essere comunque preso alla leggera, nè sommariamente ascritto a una necessità dottrinaria che non esiste. Come non ci sono due verità, una per la filosofia, l'altra per la scienza, ancora meno si dànno due verità, una pei filosofi del diritto, l'altra pei giuristi.

Il diritto è da tempi immemorabili oggetto di un'esperienza quotidiana di moltitudini sterminate di soggetti umani appartenenti a tutte le società, a

tutte le razze, a tutte le civiltà. La nostra coscienza ed esperienza giuridica di uomini del XX secolo è perciò una risultante estremamente complessa, una specie di somma algebrica immensa, relativamente stabilizzata, di determinanti giuridiche della condotta filtrate attraverso prove e riprove e controprove senza fine. Per noi Italiani si tratta poi del possesso privilegiato dell'esperienza più positiva, più concludente, più fruttuosa, passata al vaglio della vita molte volte millenaria del popolo più giuridico del mondo.

Or se i giuristi, depositari di tutta questa tradizione, di questo patrimonio spirituale unico, inestimabile e insostituibile, avvertono come una superfluità o una perturbazione e un pericolo le costruzioni filosofiche più o meno estemporanee, c'è da scommettere a colpo sicuro che hanno ragione i giuristi e torto i filosofi.

L'analogia di questa situazione con quella su accennata tra filosofia e scienza, va ancora oltre. Sarebbe troppo comodo dividere i due campi asserendo, come alcuni filosofi fanno, che tanto gli scienziati quanto i giuristi sono degli empirici, che lavorano con dei pseudoconcetti; e che per avere una elaborazione dei concetti di un qualche valore filosofico, cioè universale, si debba ricorrere unicamente alla filosofia, diciamo così, professionale o ufficiale. Abbiamo dimostrato invece altrove, che la scienza, lasciata nell'isolamento dalla filosofia romantica del sec. XIX, ha elaborato per conto proprio dottrine di alto valore filosofico alle quali i

filosofi non hanno punto collaborato (1). Medesimamente nel campo del diritto. Quando i giuristi hanno sentito il bisogno di dare una sistemazione teoretica generale a talune loro dottrine, l'hanno fatto da sè, senza ricorrere alla filosofia, e producendo dottrine di alto interesse filosofico alle quali i filosofi non hanno portato alcun contributo. Chi voglia farsi oggi un concetto non empirico, ma filosofico, di alcune entità giuridiche, come l'*interesse*, l'*istituto*, l'*atto giuridico*, la *causa giuridica*, l'*azione*, la *sentenza*, lo *Stato di diritto*, l'*interpretazione e* l'*applicazione delle leggi*, ecc., deve rivolgersi a giuristi, non a filosofi.

Questo stato di cose non giova a niente e a nessuno; può anzi nuocere ed è bene che venga eliminato. Non ultimo proposito di questo mio saggio è di farlo cessare del tutto.

Primo punto di orientazione adunque: niente dualismo preconcetto tra filosofia e scienza del diritto.

* * *

II. Intanto non c'è nozione più vaga di quella di *filosofia del diritto*, nei suoi rapporti col diritto, come colla filosofia generale.

Taluni autori l'hanno rivendicata interamente alla filosofia come un capitolo o un appendice di questa. Altri ne hanno affermato l'autonomia come disciplina indipendente dalle fluttuazioni della

---

(1) V. il mio saggio: *Filosofia e scienza* nel vol. II, *Idee e concetti; La crisi della scienza,* nel vol. V, *Verità dimostrate*, ecc.

filosofia propriamente detta. In questa sua sfera di autonomia, sempre relativa, la filosofia ha assunto allora per lo più l'ufficio modesto di *Teoria generale del diritto* o di *Enciclopedia giuridica*, contentandosi di passare in rassegna i concetti e gl'istituti giuridici fondamentali in un certo piano astratto di definizioni e princìpi generali o in una certa prospettiva storica, sociologica, evoluzionista.

Veramente sarebbe un curioso mondo mentale il nostro, se la filosofia, che per una metà almeno è *teoria del pensiero* e per l'altra è *critica e scienza dei princìpi*, non dovesse avere con le discipline particolari — la scienza, il diritto... — altro rapporto che o di dualismo indifferente o d'interferenza perturbatrice.

Storicamente si può anzi constatare che le teorie del diritto, comunque e da chiunque professate, hanno sempre risentito delle correnti generali della filosofia. Esse sono state teocratiche nel Medioevo scolastico, quando tutta la filosofia sottostava alla Teologia; giusnaturalistiche nei secoli del razionalismo, del naturalismo e dell'illuminismo; idealiste al tempo della filosofia romantica; positiviste e sociologiche col positivismo e coll'evoluzionismo; neocriticiste durante la reazione al positivismo. È chiaro dunque che nessuna concezione del diritto è stata mai pensata fuori degl'indirizzi filosofici del suo tempo. Chi guardasse bene addentro anche nelle caute posizioni dei *teorici generali del di-*

ritto vi troverebbe l'eco della polemica filosofica odierna (1).

Questa generica corrispondenza non basta tuttavia a precisare quali nessi reali avvincano la scienza del diritto alla filosofia, non per una opzione fortuita, ma per una necessità essenziale.

Limitandoci per ora alla *teoria del pensiero*, ch'è di non contestato dominio della filosofia, è innegabile il nesso che si stabilisce in modo quasi spontaneo tra la logica comunemente accettata e le definizioni e teorie concernenti il diritto.

Quando voi leggete per l'ennesima volta da Aristotele fino a Kant e ai nostri giorni, che il diritto è « la condizione alla quale l'esercizio della libertà di ognuno può coesistere con la libertà di tutti » — formula alla quale con poche eccezioni e varianti possono essere ricondotte le innumerevoli definizioni anche correnti del diritto —; qui non c'è soltanto la persistenza d'una concezione privatista dello ius, e per giunta d'un privatismo arcaico preoccupato in prima linea di difendere il proprio, il « suum » dalle intemperanze e manomissioni del vicino; ma c'è una costruzione logica dominata da un certo schema di universalità. È l'universalità formata *per iterazione* totalizzando un insieme indeterminato di unità discrete, omogenee e surrogabili fra loro, e delle quali si possono moltiplicare,

---

(1) Per una rassegna panoramica della filosofia del diritto in Italia si possono utilmente cosultare: G. PERTICONE, *Teoria del diritto e dello Stato*, Milano, 1931-XV, ed EUGENIO DI CARLO, *La filosofia del diritto*, Palermo, 1940-XVIII.

senza che cambino in nulla, tanto il numero (classi d'individui), quanto i modi di agire (classi di azioni).

Questa è precisamente l'universalità costruita mediante il διαλέγεσθαι κατὰ γένη di Platone e nei modi codificati dalla logica aristotelico-scolastica o « logica delle classificazioni »; la quale induceva il generale dal particolare mediante la progressiva eliminazione delle differenze e la sintesi delle sole note comuni e costanti, sotto il controllo del principio d'identtità.

La società greca e romana era precisamente una società di « uomini liberi » tutti pari tra loro che vivevano in condizioni generali di autarchia economica privata. Ad essi si attagliava perfettamente la nozione del diritto di Aristotele e di Cicerone. Ma anche il giusnaturalismo dei sec. XVII e XVIII ragionò del diritto allo stesso modo. E se ne scaturì l'*individualismo*, questo avvenne, certo, per la pressione delle forze umane, che anelavano a spezzare le troppe sovrastrutture della ferrea organizzazione feudale e medioevale; ma avvenne anche con la giustificazione e l'appoggio della logica induttiva e deduttiva, che insegnava unicamente ad *astrarre* e a *generalizzare*.

Ragionando anche nel diritto per generi e specie e individui non si poteva concepire altra universalità se non quella formata iterativamente da un numero indeterminato d'« individui logici » tutti necessariamente eguali fra loro. Ne conseguì automaticamente la distruzione d'ogni principio di gerar-

chia sociale di qualsiasi natura. Si salvò solo il rapporto tra l'individuo e lo Stato, dove rimase sempre incerto se l'individuo dovesse servire allo Stato o lo Stato all'individuo.

Quando la reazione romantica sostituì all'individuo il « gruppo », la « società », la « nazione », lo « Stato » e concepì il diritto come « ordine sociale », « sistema di comandi », ecc.; neanche allora la costruzione logica cambiò metro. Al concetto generale di « soggetti di diritto » si surrogò il concetto generale di « fatti o rapporti di diritto » e il prius anzichè il singolo individuo o una somma di singoli individui diventò un concetto da cui si deducevano altri concetti, quali più o meno particolari, quali individuali, di relazioni umane e giuridiche. Ma l'ordine o sistema era pur sempre costruito con una scala di generalità crescente verso l'alto, decrescente in basso, ottenuta per astrazione e controllata dall'identità. Perciò l'applicazione della legge agl'individui e casi singoli prese norma dalla sillogistica, e l'ideale della sentenza diventò il sillogismo in *Darii*.

Questa impostazione logica non era d'altronde priva d'inconvenienti teorici e di più gravi conseguenze pratiche.

Teoricamente non si è mai riusciti a cogliere nel saliscendi induttivo-deduttivo in che propriamente risieda il momento costruttivo proprio del diritto. I veri giuristi sanno che non è sufficiente imbastire un bravo concetto generale e farne tema d'un comando con aggiungervi una certa sanzione per crea-

re una norma giuridica. E i filosofi non si sono mai posto il problema se non nei termini della logica tradizionale, ricascando sempre nella stessa buca. Quando un filosofo comincia col dirvi: non esiste che o l'*individuale* o l'*universale*, l'individuale è l'economia e l'universale è l'etica, il diritto o è economia o è etica, ecc. ecc., con questi ragionamenti alla Don Ferrante, in cui non c'è poi una parola di vero, egli si costituisce prigioniero della logica aristotelico-scolastica, che gli preclude, non pure la esatta visione della realtà, ma ogni altra più conducente maniera di pensare. Conseguenza: l'alternativa o di collocare il momento specifico del diritto in un elemento estrinseco, quale ad es. la coazione; o di trasferirlo dalle funzioni logiche nella sfera di una *volontà di comandare*, indeterminata, incondizionata, arbitraria, una *volontà qualunque* per una *utilità qualunque*, quasi movente *irrazionale* del diritto. Conseguenza di conseguenza: a forza di astrarre e di generalizzare, inseguendo una chimera, l'incapacità in cui taluno s'è venuto a trovare di distinguere tra la costituzione dello Stato e gli statuti della camorra e della mafia. I concetti generali, mal posti per giunta, si vendicano a questo modo.

Praticamente poi il sillogismo giuridico doveva fin troppo spesso rivelare la sua inapplicabilità, urtando nell'impossibilità di subsumere l'immensa varietà dei casi e delle circostanze entro i concetti racchiusi nella norma, e lasciando spesso nel dubbio, con la cattiva coscienza d'una denegata giustizia o d'una ingiustizia commessa.

Notevole è a questo punto, che quando si è voluti uscire dalle angustie degli astratti modelli logici per avvicinare i concetti e la pratica del diritto alla dinamica della vita, si è saltati a piè pari dalla sfera della logica nel *mondo organico*.

Questo passaggio è già evidente nel concetto di *sistema* definito da Kant come un *tutto*, informato da una *idea*, per cui esso è « organizzato (cioè formato per *articulatio*) e non accumulato (per *coacervatio*) e può crescere solo dall'interno (*per intus susceptionem*), e non dall'esterno (*per appositionem*), appunto *come un corpo animale*, il cui crescere non aggiunge nessun membro, ma senza alterazione delle proporzioni rende ogni membro più forte e più utile » (*Krit d. r. Vern.*).

Kant non fece di questo schema alcun'applicazione al diritto. Fu invece la sociologia comtiana e spenceriana a fare uso ed abuso del concetto di « organismo sociale » e ad applicarlo largamente ai fenomeni giuridici (1). Anche la Scuola storica di Savigny, Puchta, ecc. trasportò sulle formazioni sociali del diritto gli schemi delle formazioni naturali organiche. Taluno, come Paul Barth, specificò: « organismo sì, ma spirituale ». Altri autori di filosofia sociologica del diritto in Germania e in Francia (Gierke, Duguit, Gurvitch, ecc.) accettarono senza esitare il concetto d'organicità degl'istituti. I banditori, tedeschi, della odierna teoria del *Frei-*

---

(1) V. il mio saggio: *La Teoria dell'organismo sociale*, in uno dei prossimi volumi.

recht, di cui diremo più avanti (V), vi si fondano con pieno abbandono. Persino in Italia, dopo decenni di derisione gettata a piene mani sulla sociologia, taluno fra gl'idealisti neohegeliani mette fuori come una novità la teoria platonica dello *Stato-organismo*.

Questi tentativi di uscire dai rigidi modelli della logica tradizionale sostituendovene altri attinti alle più complesse nozioni della biologia dimostrano l'insufficienza dei precedenti, ma anche l'immaturità dei nuovi. L'analogia nella scienza non serve che a far perdere le tracce della ricerca diretta. Per sfuggire a un rigorismo si cade poi in un rigorismo peggiore. Perchè non c'è schema più rigido di quello d'organismo. In esso tutto è predeterminato, preformato, fatale. Nulla è variabile o riformabile a volontà. Compiuta la parabola dello sviluppo non resta a un organismo che decadere e morire. Il più grande amore portato a un organismo non può modificarne nè la struttura, nè la statura complessiva, nè le proporzioni tra le membra, nè le fasi di formazione e di disfacimento. Bisogna proprio convenire che questo ondeggiare da oltre un secolo e mezzo tra lo schematismo logico e il determinismo organico, confessa la povertà dei modelli mentali sin ora adoperati.

A questo punto si legittima pienamente la nostra ricerca di nuovi modelli e procedimenti, in grado di mettere in evidenza la specificità dei comandi e dei fatti giuridici. Se a tanto riusciremo, la nuova impostazione potrà fornire una guida migliore nel

condurre le esperienze e applicazioni del diritto positivo e, ciò che più importa, schiudere il più ampio panorama dell'ordine giuridico quale « sistema aperto ».

Infatti l'assimilazione dell'ordine giuridico a un « sistema matematico » — per altro nel modo pure da me definito (1), e cioè formato di *sintesi logico-categoriche* iniziali *ipotetico-costruttive*, e di consecutivi *sviluppi analitico-combinatori;* le prime che danno origine così agli enti matematici, come agl'istituti giuridici; i secondi che ne ordinano e congegnano, svolgono e applicano le proprietà — mi ha dato modo di concepire il diritto come un « sistema aperto », vivo, dinamico, suscettibile tanto di perfezionamenti ab intra, quanto d'integrazioni e accrescimenti ulteriori illimitati. La coerenza interna d'un tale sistema non è più quella della semplice deduzione vigilata dall'identità, ma è assicurata dalla compatibilità, che si contenta della non-contradizione e della ragion sufficiente; e l'inserzione del comando giuridico nella realtà non avviene sul semplice appoggio del sillogismo, ma in via costruttiva nella vita normale e in via ricostruttiva mediante le funzioni giudiziarie. La legge, senza nulla rimettere della sua universalità, diventa nella giurisprudenza, svincolata dalla tautologia della logica deduttiva, la legge o giustizia del caso singolo.

Secondo punto di orientazione adunque: ricono-

---

(1) V. il mio saggio: *Matematica e filosofia*, nel vol. IV: *Nuove vedute logiche.*

scere l'insufficienza dei modelli logici tradizionali a spiegare il diritto e ricercare in più complesse funzioni mentali la struttura dei comandi giuridici e dell'ordine giuridico.

* * *

III. Da quando Kant separò nettamente il diritto dalla morale, facendo dell'uno e dell'altra due schemi formali convergenti ma indipendenti, si può dire che il campo della filosofia giuridica è rimasto diviso tra *formalisti* o *logicisti* e *contenutisti* o *eticisti* del diritto, con qualche tentativo di conciliazione in mezzo.

I formalisti hanno concepito il diritto come un sistema di forme, leggi o condizioni dell'agire, sufficienti a se stesse e stabilite in modo autonomo rispetto al loro ufficio etico, sociale, politico; mentre i contenutisti hanno ritenuto necessario partire da una esigenza morale e particolarmente da un'idea di giustizia comune e coessenziale all'etica e al diritto. I conciliatori hanno cercato il modo di dare ragione all'uno e all'altro indirizzo, quasi sempre collo sforzarsi di mettere insieme Kant e il giusnaturalismo.

Curiosamente all'indirizzo formalista si ricollegano kantiani e antikantiani.

Stammler, capo della Scuola di Marburg, riprende da Kant la tesi del *diritto-forma*, e gli dà per oggetto l'*economia*. Esisterebbero un *concetto* e un'*idea del diritto*. Il *concetto del diritto* è puramente

formale e consiste nel modo di attuarsi della volontà inviolabile e sovrana che lega gli uomini fra loro; volontà che si concreta per altro tra due fissi poli etici: il rispetto della personalità e la cooperazione sociale. L'*idea del diritto* è invece un *ideale sociale*, che ci fa concepire e apprezzare il *diritto giusto*.

A sua volta il fenomenismo, pur movendo, sotto la guida di Husserl, con M. Scheler, A. Reinach, ecc., da tesi opposte alle kantiane, riesce a un *formalismo giuridico*, che prescinde da concetti generali di giustizia o di cooperazione sociale e studia gl'istituti nella loro logica interna, ch'è quanto dire nella loro coerenza formale.

Uno speciale indirizzo di fenomenismo giuridico che confina col verbalismo e col nominalismo, è quello della cosiddetta Scuola di Vienna (Kelsen, Merkl), che prende le mosse da un concetto anch'esso formale di « obbligazione » o « norma giuridica », definita « una regola che impone coattivamente una certa condotta all'uomo che si trova in certe condizioni »; dipenda poi tale norma da una legge costituzionale o da un comando dell'autorità o da un contratto privato. Il sistema del diritto si risolve così in un « normativismo » universale, omogeneo in tutte le sue parti, indifferente alle sue origini, ai suoi scopi, agli enti che lo praticano: lo Stato, un'associazione qualunque o l'individuo. Questo normativismo ha soltanto diversi *gradi di generalità* (torna a manifestarsi la longa manus della logica induttiva-deduttiva e del principio d'identità): al grado supremo la costituzione, più sotto la

legge, più sotto ancora le decisioni amministrative, infine gli *atti giuridici* dei singoli; senza che intervenga alcuna sostanziale differenziazione tra comando e comando, tra obbligazione e obbligazione, tra autorità e autorità, tra diritto pubblico e diritto privato. Questa concezione, che si è definita da sè *scienza giuridica pura*, riesce a un positivismo e a un relativismo giuridico totale, circoscritto per altro all'esistenza di date norme vigenti e in quanto vigenti. Tutto il resto, lo Stato, l'uomo, il soggetto di diritto, ecc., è contingenza storica o è finzione giuridica, cioè entità fittizia, e non conta.

Altre derivazioni dalla separazione kantiana tra morale e diritto e dalla fenomenologia giuridica di Hegel sono le varie dottrine che hanno tentato pur esse d'isolare il momento del *diritto puro*, considerandolo sotto l'aspetto di « norma tecnica ». Che nel diritto ci sia un momento tecnico ognuno era disposto ad ammettere; non però a postulare ch'esso fosse indifferente al suo contenuto. Questo è il solito modo di svuotare le norme del diritto d'ogni rapporto necessario col loro ufficio etico, per subordinarlo al comando di altre autorità e norme regolatrici della condotta umana. Per altro il tecnicismo così spiegato si riduceva a un vago determinismo causale o a un non meno vago finalismo, non abbastanza differenziati dalla causalità e dalla finalità naturali, colle quali il diritto, ce lo conceda Alfred Manigk, non ha nulla in comune.

Mentre il neohegelianismo giuridico di un Kohler arricchiva le funzioni etiche dello Stato col pingue

concetto di *Kultur*, altri neohegeliani si sono volti nella direzione opposta a scarnificare ancora più il formalismo dialettico di Hegel giungendo a un soggettivismo e relativismo puntiforme, coll'immedesimare nell'unità dell'atto del volere, la *libertà* e la *legge*. Nell'atto di volere la volontà è libera; quando ha voluto, il voluto diventa il suo limite e la sua legge. Un frequentatore di teatri potrebbe osservare che questa appunto era la filosofia giuridica di *Tecoppa in Tribunal*, quando al magistrato che lo condannava rispondeva: « E io non accetto ». Volontà di non accettare = libertà; non avere accettato la condanna = la propria legge. E temo che a dir così non si direbbe, dal punto di vista dell'idealismo assoluto, una semplice piacevolezza.

Ma i tempi sono seri e ci vuol altro a restaurare la necessaria consistenza e autorità universale del diritto.

Accanto a tutti i conati di raggiungere l'essenza del diritto isolandone lo schema formale e disinteressandosi del problema della giustizia e lusingandosi di pervenire al giusto per una specie di armonia prestabilita tra diritto e morale; si dispiega la serie interminabile di dottrine *contenutiste* o *eticiste*, che hanno giudicato inseparabile l'idea e funzione del diritto da un ideale di giustizia prefissato e in ogni caso termine di confronto, unità di misura e guida superiore del diritto positivo.

In fondo è sempre il vecchio tronco del giusnaturalismo che rinverdisce. Esso ebbe le prime ra-

2

dici nella dottrina socratica delle « leggi non scritte » sopraordinate alle leggi scritte; prese vigore nell'ontologia platonica del Bene assoluto, e nella distinzione aristotelica tra « diritto naturale » e « diritto legale »; si sviluppò in dottrina universale col λόγος ὀρθός degli stoici, accolta da Cicerone e dai giureconsulti romani fino a Giustiniano; si trapiantò nella Scolastica ed ebbe nuovo alimento dalla concezione tomista della *lex aeterna* o *divina* fondamento della legge naturale e umana; fu distaccato dalla teologia e dalla stessa idea di Dio ad opera del suo rinnovatore Grozio ed elevato a « sistema » nell'interpretazione della « storia eterna » dal Vico; crebbe smisuratamente nel clima dell'illuminismo dei sec. XVII e XVIII, traendo succhi vitali da tutti, dal razionalismo di Cartesio e di Leibniz, dall'empirismo di Hobbes e di Locke, dal naturalismo di Rousseau e di Montesquieu, sino al suo completo trionfo nei *Bills of rights* di Filadelfia, nella *Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo* del 1791 e nel costituzionalismo del sec. XIX.

La Scuola storica di Savigny, l'idealismo assoluto di Hegel e il positivismo finalistico di Ihering, pur in polemica tra loro, si accordarono nella comune avversione al « diritto naturale » e nel contrapporvi l'unica realtà del diritto positivo. Ma talune conquiste del giusnaturalismo s'imposero pur nella opposta dottrina statualista del diritto, come può vedersi in Jellineck, che da una libera autolimitazione dello Stato di diritto faceva comunque scaturire « i diritti pubblici soggettivi ».

L'identificazione di diritto e giustizia ebbe in Italia una vigorosa riaffermazione contro il formalismo kantiano ad opera del Rosmini e della sua scuola.

Verso la fine del sec. XIX il giusnaturalismo ebbe una singolare riviviscenza con un aggiornamento critico ad opera di Ch. Beudant in Francia e di Igino Petrone in Italia; cui seguirono con una energica rivalutazione del momento etico ideale del diritto le opere di Geny, Le Fur, Bartolomei, Solari, Falchi, Del Vecchio, e recentemente in Romania, di un maestro del diritto internazionale Mircea Djuvara. Infine, molti altri autori per vie diverse hanno ripreso con vigore il motivo della inscindibilità naturale, di diritto ed etica; così Cathrein, Bonnecase, Hauriou, Renard, Cicala, Olgiati, Capograssi, Maggiore, Perticone ecc.

L'alternarsi a più riprese delle due posizioni teoriche, l'una che esalta i requisiti formali e tecnici del diritto, ritenuti necessari e sufficienti alla sua esistenza, l'altra che non ammette neppure la concepibilità d'un diritto dissociato da taluni postulati etici fondamentali, e principalmente dall'idea della giustizia; dimostra che c'è una dose di verità in ciascuna di esse, e che se non si riesce a farne la sintesi, ci dev'essere un quid in eccesso e in difetto in entrambe. I formalisti hanno ragione di puntare su una struttura logico-categorica propria del diritto, ma eccedono nel riporre in essa tutta l'essenza del diritto e difettano di comprensione per le funzioni di un'etica specificamente giuri-

dica, da non confondersi con l'etica generale e che non potrebbe mancare nel diritto, senza che lo stesso diritto venisse a mancare. Gli eticisti hanno ragione di puntare su questo momento etico insopprimibile nel diritto, ma eccedono nel confonderlo con tutta quanta l'ètica, e difettano di comprensione pei requisiti strutturali propri delle norme guridiche, con pregiudizio della stessa intelligenza delle norme. Essi non colgono quel momento tecnico giuridico che solo può convertire, appropriandosela, un'esigenza etica in un comando della legge.

Per queste stesse ragioni è illusoria la sintesi tentata dai conciliatori, quando si sono limitati a considerare il diritto come l'involucro e l'etica come il contenuto del sistema.

Comunque errerebbe chi pensasse che questo dibattito è meramente teorico, senza alcun riflessso pratico. Siamo invece convinti che in linea di responsabilità filosofica, gran parte della confusione e degli arbitri dell'ora presente deve imputarsi al prevalere di una concezione esclusivamente formalista del diritto, disancorata da ogni idea di giustizia necessaria, quasi tecnica indifferente, che sia possibile, anzi facile, adoperare secondo opportunità e convenienza, improvvisando a volontà ordinamenti giuridici, leggi, istituti.

Quella sintesi che nè formalisti, nè eticisti, nè conciliatori riescono a fare, non può essere compiuta che in una più comprensiva dottrina dei valori umani. Gli enti giuridici sono valori, e i valori giuridici non sono isolabili, non che dall'etica,

dall'intero mondo dei valori umani, economici, politici, spirituali; hanno un loro posto ed un ufficio assegnato nella scala ontologica dei valori, s'inseriscono nell'intero sistema dell'ontologia umana con una loro potenza ontologizzante, cioè costruttiva di realtà, potenza non estrinseca, ma intrinseca ai valori edificati. Perciò essi non sono interamente sottoposti alla *logica dei concetti*, ma partecipano della *logica dei valori;* ne vivono, vi obbediscono, la promuovono.

Terzo punto di orientazione adunque: uscire dalle viete disquisizioni tra formalisti o logicisti e contenutisti od eticisti; indagare sulla particolare natura e logica dei valori giuridici; rilevarne la spicificità funzionale non soltanto strutturale, ma ontologica e ontologizzante.

* * *

IV. È tutt'altro che indifferente nello studio del diritto quale concetto si abbia della *realtà* in generale e della *realtà umana* in particolare.

Non basta limitare il proprio campo di ricerca ai *fatti* giuridici nella loro immediata concretezza, e chiudersi in un empirismo agnostico, per esaurire l'indagine sul diritto. Questa limitazione implica già una preferenza e una rinuncia. Chi vi si attiene ha già scelto il suo concetto di realtà, circoscrivendolo alla esperienza che cade sotto i sensi, giudicando questa esperienza bastevole a se stessa, negando valore e funzione a qualsiasi pur ipotetica determinante che trascenda il fatto e dato empirico.

Il positivismo giuridico ha già fatto le sue prove in questa direzione. Esso in conclusione non ammette altro diritto che il diritto positivo, nella sua consistenza concreta, o come una formazione storica, o come emanazione del supremo potere dello Stato, o come un prodotto sociale. Il primo indirizzo, specialmente coltivato dalla ricordata *Scuola storica*, giunge a un relativismo totale senza scelta; il secondo, specialmente rappresentato dall'hegelianismo, col non riconoscere alcuna fonte di diritto all'infuori dello Stato, giunge all'identificazione del diritto col potere (« Macht ist Recht »); il terzo, sociologico, si attacca alla « morfologia dei fatti sociali e giuridici » e può darne un'esatta descrizione e classificazione, ma oltre le forme e il loro succedersi non indaga.

È stato detto che il *positivismo* è un metodo, non una filosofia, e quindi non può tramontare. Come metodo il positivismo giuridico ha innegabilmente giovato molto al progresso della dottrina. Se la Scuola storica esaurì quasi la sua funzione nella vittoriosa polemica contro le astrattezze del razionalismo e del giusnaturalismo da una parte e contro l'hegelianismo dall'altra, nessuno più prescinde nello studio del diritto dal metodo storico. Pochi autori si sono poi acquistati tanti titoli di merito per una più approfondita indagine diretta sulla realtà giuridica come Ihering, Jellineck, Roberto Ardigò, Antonio Labriola, Vincenzo Miceli, ecc. E di fronte alle immodeste pretese di taluni idealisti di dar fondo all'universo giuridico con qualche sbrigata for-

muletta, le pazienti indagini etnologiche e sociologiche sul diritto, dalle quali è venuta su la monumentale opera di Giuseppe Mazzarella si conciliano tutto il nostro rispetto.

Per altro c'è nella positività dei fenomeni giuridici un'attrazione irresistibile, che affascina e appaga anche per la sua splendida sistematica. In fondo i ricercatori del « diritto puro » sono dei posivisti del diritto. Così Edmond Picard, così Ernest Roguin, così Duguit, così Kelsen e la sua scuola, così Carré de Malberg e Ripert e così i nostri eminenti giuristi puri da Chiovenda a Carnelutti, da Calamandrei e Jemolo, da Santi Romano a Ranelletti, da Angelo Maiorana e V. E. Orlando a De Francesco.

Non si può tuttavia chiudere gli occhi sulla insufficienza, non dirò del metodo positivista (chè tutti i metodi, ancorchè buoni, sono necessariamente parziali e quindi insufficienti), ma della impostazione positivista del problema del diritto.

A rigore essa conduce a una fenomenologia indifferente e obbedisce al falso presupposto rinascimentistico, che tutti i fenomeni, compresi i giuridici, abbiano in sè e soltanto in sè tutte le condizioni e ragioni del loro prodursi. Come risultato di tale impostazione si ha il *relativismo assoluto* di Radbruch, che, pur collegando la realtà giuridica coi valori, nega che si possa dimostrare in modo alcuno l'eccellenza d'un sistema sull'altro e accorda l'ultima parola all'ordine giuridico costituito, per la semplice ragione che procura la sicurezza; oppure si ha

l'inutile definizione del diritto data da Jèze: « Il diritto d'un paese è l'insieme delle regole, siano esse giudicate buone o cattive, utili o nefaste, le quali a un momento dato sono effettivamente applicate dagli esperti e dai tribunali (*Princ. gén. du droit administratif*, préf. alla 2ª ed.). Più positivisti di così...

In contrasto con queste correnti, che con diversa motivazione hanno un loro comune trasporto verso il dato di fatto e si rifiutano di guardare oltre l'esperienza, c'è sempre un neoplatonismo direi quasi immanente, e spesso risorgente a bandiera spiegata nella dottrina, che contrappone alla realtà giuridica positiva una più alta realtà ideale. Si dichiara allora persino impossibile qualsiasi giudizio positivo sul diritto e sul torto, sul giusto e sull'ingiusto, senza una unità di misura sovraordinata ai fatti singoli, la quale pertanto non può essere derivata dai fatti stessi, ma deve risplendere di luce propria nelle menti e nelle coscienze.

È insomma l'*innatismo* sotto tutte le sue forme, comune al tomismo come al razionalismo, al Vico come al Rosmini, e che oggi riprende animo nella filosofia giuridica della neoscolastica. In sostanza esauriti tutti gli sforzi di trovare in qualunque esperienza concreta e in qualunqe autorità terrena il fondamento assoluto dell'obbligazione e la giustificazione dei comandi morali e giuridici, non rimane che risalire a Dio. Questa la conclusione del dialogo immaginato da von Hippel tra lo studente di diritto e il proprio padre (*Einführung in die Rechts-*

theorie, p. 33): « — Chi decide dell'obbligo di obbedire al diritto? — Le istanze dello Stato, quindi i tribunali, ma in ultima istanza ciascuno decide nella propria coscienza. — Ma rimettendosi alla coscienza individuale non si cade nel soggettivismo? — Errore positivista! nella coscienza c'è Dio e non l'uomo. In essa si manifesta non l'arbitrio personale, ma qualche cosa di *oggettivo*: la legge divina ».

Noi non contestiamo nè la legittimità, nè la convenienza di convinzioni di questa natura. Esse hanno il pregio di esprimere un concetto meno superficiale, anzi integrale della realtà giuridica. Perciò vediamo con simpatia le opere del Cicala, dell'Olgiati, del Maggiore, del Capograssi, ecc.

Solo che noi non possiamo a meno di collocarci sul piano della nostra *filosofia critica*, e precisamente del *realismo critico* esposto nei *Nuovi princìpi*, al quale ogni nostro saggio, il presente compreso, appartiene. Gli è che noi lo riteniamo anche il più saldo per uscire effettivamente e definitivamente dai soggettivismi e dalle loro inevitabili variazioni, e per costruirvi criticamente, val quanto dire, su basi filosofiche e scientifiche universali, tesi aventi, pur nella loro necessaria relatività umana, un altrettanto necessario e probante e concludente rapporto coll'assoluto.

La soluzione innatista, per esempio, appartiene alle soluzioni dommatiche, colle quali i problemi vengono posti e risolti nel tempo stesso e ogni ricerca diventa superflua. Ma anche la soluzione fe-

nomenista è dommatica, quanto il trascendentalismo platonico; essa amputa l'esperienza nell'astrarre da qualsiasi inerenza che trascenda il semplice dato empirico, trascurando che qualsiasi dato empirico si pone con un suo insopprimibile riferimento ontologico, con un suo « senso » o « verso », cioè con una sua *dimensione trascendentale* (1).

Noi ci porremo adunque anche nello studio del diritto sul terreno del nostro *realismo*, cioè d'una ontologia naturale e umana che considera la realtà nel suo inscindibile contesto di *fenomeno* e *noumeno*, totalità integrale di fattori noti e ignoti, i quali sono sempre solo parzialmente accessibili nell'esperienza, perchè tutti operanti in essa con inerenze, sì, positive, ma insondabili e inesauribili a qualunque nostra analisi, che lascia in ogni caso dei residui.

Più particolarmente noi teniamo fermo ai risultati della nostra indagine sulla struttura mentale, che ci ha rivelato la vera funzione delle categorie quali modi ipotetici di concettualizzare e interpretare la realtà, quindi *ipotesi trascendentali;* e ci ha dato la ragione del continuo uso, conscio e inconscio che di tali ipotesi noi facciamo anche senza avvedercene, e non possiamo non fare, oltre ogni dato empirico certo, per agire, per vivere.

Ma noi andiamo anche oltre il semplice realismo in quanto veduta oggettivistica che si limita al rilievo passivo della realtà data, ancorchè esplorata

---

(1) V. *Nuovi principi* (vol. I), *Il nuovo realismo* (vol. III), *Verità dimostrate* (vol. V), ecc,

criticamente fino all'estremo del possibile, in tutte le sue dipendenze subbiettive e transubbiettive, immanenti e trascendenti; e consideriamo come momento culminante dell'ontologia umana il *superrealismo* ossia il superamento della realtà data mediante funzioni ontologizzanti della nostra spiritualità, produttive, costruttive, creatrici di realtà, poetiche nel significato etimologico di questa parola, da ποιεῖν, porre in essere.

Con queste attività l'uomo esce dalla dipendenza della natura e vi si sovrappone, convalida tutto il proprio sapere ma l'oltrepassa, converte ogni limite passivo in una frontiera attiva per la sua azione, edifica una realtà più umana, intessuta di fisica e di metafisica, di scienza e di poesia, di positività e di religione, di economia necessaria o contingente e di valori assoluti.

Coerentemente con questo nostro modo di intendere la realtà obbiettiva e il suo superamento, e di porre cioè il nostro realismo e superrealismo, giudichiamo insufficiente e inutile quel fenomenismo giuridico che non vede oltre il semplice dato del comando o dell'istituto. Esso non soltanto non coglie lo stesso fenomeno giuridico nella totalità delle sue determinanti, cioè dei suoi coefficienti noti e ignoti, razionali e irrazionali, definibili e indefinibili, ma chiude gli occhi di fronte alle funzioni ontologiche e ontologizzanti del diritto. C'è invece secondo noi, e ce ne accorgeremo ben presto, un *realismo e un superrealismo giuridico*, in quanto le funzioni ordinanti del diritto non si limitano a

regolare e a disciplinare taluni modi costanti dell'agire umano, ma compiono un più sostanziale ufficio *pragmatistico*, costruttivo di valori umani, di realtà umana, d'una realtà più umana sempre meno schiava delle dipendenze naturali, sempre più impregnata d'una spiritualità trionfante. Per ciò è possibile parlare d'una *politica del diritto*, che Vico pel primo intuì e definì; e d'una *etica del diritto*, d'una *spiritualità del diritto*, d'una *mistica del diritto*, e se così piace d'un *diritto ideale*, non più sulle basi aeree d'un platonismo e d'un innatismo in ritardo, ma per un'integrale presa di coscienza del problema umano e del destino umano, anche sotto la specie del diritto.

In conclusione possiamo fissare anche un quarto punto di orientazione: massima possibile positività nello studio del diritto, ma con quella necessaria apertura mentale che sa scorgere oltre i limiti del fatto empirico gli aditi a tutte le inerenze e ipotesi trascendentali in modo da acquistare una superiore nozione del diritto in funzione dell'intero problema umano.

* * *

V. Dopo che la legge del 30 Ventoso XII abolì tutte le consuetudini giuridiche, comprese quelle raccolte nelle *Grandes Ordonnances* di Luigi XIV e Luigi XV, e vietò espressamente di costituirne di nuove, il Codice Napoleonico bloccò nel 1804 la legislazione in Francia e fu per un secolo la fonte unica cui si riferirono la dottrina e la giurisprudenza in quella *Ecole de l'exégèse*, che riunì l'ope-

ra dei grandi interpreti del codice stesso. Uno di costoro poteva orgogliosamente affermare: « je ne connais pas le droit civil, je ne connais que le code Napoléon ».

Un secolo dopo celebrandosi il centenario dell'avvenimento il Presidente della Corte di Cassazione di Parigi Ballot-Beaupré doveva ancora raccomandare al giudice di non attaccarsi a ricercare ostinatamente, quale fosse stato cento anni prima il pensiero degli autori del codice nel redigere il tale o tal altro articolo, ma che cosa essi penserebbero, se redigessero l'articolo medesimo oggi. In seguito all'Ecole de l'Exégèse si sostituì l'*Ecole scientifique* che immise nella dottrina nuove e più elastiche correnti d'idee.

In Germania l'unificazione del diritto civile — solo parzialmente codificato in Prussia e in Baviera nel sec, XVIII, avanti lo stesso codice napoleonico —, proposta nel 1814 dal Thibaut sull'esempio della Francia, avversata dal Savigny in nome del nazionalismo e particolarismo giuridico, non fu compiuta che col K. Bürgerliches Gesetzbuch del 1896 entrato in vigore nel 1900. Ma ben presto sorsero opposizioni anche violente contro il rigido concettualismo, dal quale la prassi venne a trovarsi dominata; e già nel 1906 un manifesto di Gnaeus Flavius, pseudonimo del Kantorowicz, intitolato « Der Kampf um die Rechtswissenschaft », aprì la campagna per una più libera interpretazione e applicazione della legge. Col nome di « Schule des Freirechts » — Scuola del diritto libero — si suole in-

dicare il numeroso gruppo di aderenti al movimento inteso a soppiantare la « giurisprudenza dei concetti » con la « giurisprudenza degl'interessi ». Si parlò persino d'una « freie Rechtsfindung » — libera scoperta del diritto — affidata al giudice e si giunse a incoraggiar questi a decidere eventualmente *contra legem*, prendendo a guida una sua personale intuizione del giusto e dell'utile, ancorchè con includervi « fattori irrazionali », rispetto a cui la norma giuridica non può dare che indicazioni di massima.

Durante la Repubblica di Weimar, nello scadimento generale dell'autorità della legge, questo movimento si accentuò (Phil Heck, Ernst Fuchs); ma esso doveva trovare nel Nazional-socialismo dopo la sua vittoria del 1933 il clima più appropriato per produrre un completo rinnovamento delle concezioni tedesche intorno al diritto.

Questo rinnovamento si annuncia con un momento negativo: il ripudio del diritto romano, che pure aveva costituito fin dal sec. XIV dopo l'introduzione del *novus usus pandectarum* parte integrante della vita giuridica dei popoli germanici; e con uno positivo: l'affermazione che il diritto è un concetto concreto, prodotto dallo « spirito della nazione » per un proprio slancio logico creatore continuato, non un sistema di norme astratte fissate in base a criteri teorici e una volta per tutte, senza corrispondenza colla vita interiore ed esteriore della società. Dalla vita del popolo divenuto conscio di sè, fonte perennemente viva, si genera il diritto.

Il diritto è la forma di vita della comunità, è il suo stesso ordine, dato non per un *Sollen* (dovere), ma per un *Sein* (essere). All'origine del diritto non si trovano dunque princìpi astratti ma c'è la comunità, la quale ne determina al tempo stesso lo scopo, il significato profondo e l'idea. Comunità e diritto non possono dunque andar disgiunti, ma formano una unità nel senso dialettico e concreto. Lo Stato è la manifestazione politica unitaria e armonica della nazione. Per la prima volta nella sua storia la nazione tedesca si riconosce come la potenza creatrice del suo Stato e del suo diritto. Il Reich tedesco non è nè uno Stato assoluto posto al di sopra della nazione, nè uno Stato di tipo nazional-democratico, nè uno Stato strumentale a carattere borghese o bolscevico, Il Terzo Reich è la nazione e lo Stato finalmente unificati fra loro. Lo Stato non crea la nazione, ha affermato Hitler, ma la nazione è la sostanza stessa dello Stato, perchè essa realizza da sè il suo Stato, come una forma mediante la quale essa può consistere nella storia. Ancora più che per l'innanzi viene infine riconosciuta essenziale nella vita del diritto la funzione del giudice, purchè di pura razza germanica. Egli è in grado di applicare non soltanto la legge scritta, ma il diritto che si sprigiona dall'anima del popolo tedesco, perchè sa e sente energicamente ciò ch'è conforme alle necessità della vita nazionale e al bene dello Stato. Così, con non grandi variazioni sul tema, Binder, Larenz, Carl Schmitt, Huber, Michaelis, Dahm, Freyer, Sauer, Ritterbusch, ecc, ecc.

Questi pochi cenni danno appena un'idea della vasta conversione della filosofia giuridica tedesca alla concezione d'un diritto di stampo tipicamente ed esclusivamente germanico. È questa d'altronde non soltanto una accentuata manifestazione di quel *nazionalismo giuridico* o tendenza generale del diritto odierno a uscire dalle astrazioni e a nudrirsi della concreta realtà storica e sociale del popolo cui esso deve servire; ma è anche espressione caratteristica di quel più profondo *spirito di secessione*, ch'è il tratto spirituale più spiccato del genio tedesco. Quello stesso spirito che ha opposto al Cattolicesimo la Riforma, alla Rivoluzione francese il Romanticismo tedesco, all'universalità dell'idea nazionale il razzismo del Deutschtum, all'universalità del Socialismo il Deutscher Sozialismus, oggi oppone all'universalità del diritto l'idea di un diritto genuinamente e assolutamente tedesco. E ciò viene a confermare che qualsiasi idea universale prenda piede in Germania vi si converte in un'idea restrittivamente germanica; inversamente a quel che avviene in Italia, dove qualsiasi idea nasca o fiorisca reca in sè un indelebile crisma di universalità: il diritto di Roma, il Cattolicesimo, l'Umanesimo, il Rinascimento, il Nazionalismo, oggi il Fascismo. Naturalmente dalla secessione spirituale non si può sperare di giungere all'universalità se non attraverso la conquista armata; mentre lo spirito italiano arriva pianamente alla conquista consensuale attraverso la sua universalità.

Nella rivolta della filosofia giuridica tedesca con-

tro l'astrattismo della tradizione del diritto e in favore d'una più stretta adeguazione della norma giusta alla realtà concreta, c'è indubbiamente una ragione profonda, ancorchè non da tutti chiaramente avvertita; ed è quell'insufficienza della logica aristotelico-scolastica, che, come noi abbiamo denunciato sopra (II), ha sinora dominato sovrana nella scienza e filosofia del diritto sforzandosi vanamente di coglierne in concetti generali astratti l'essenza e di amministrarne la funzione. Ma quel rigettare in blocco ogni criterio di universalità per orrore dell'astrattezza è in fondo un modo di gettare via il bagno col bambino.

Altro rischio grave: quello di smarrire il senso della legge, della sua *costanza* e della sua *certezza* pel semplice timore dell'ingiustizia del caso singolo. Mentre a questa ingiustizia si può sempre ovviare, come sempre vi ovviò il pretore romano, anche a furia di ripieghi, quando la norma aveva un'assai minore elasticità dell'attuale, che quasi sempre lascia ampie latitudini al giudice; sarebbe estremamente pericoloso abbandonare nella vita del diritto la terraferma della legge per affidarsi alla barchetta dell'intuizione personale del giudice, saggio e di pura razza quanto si voglia.

Noi ci proponiamo con le analisi che seguono di enucleare dai comandi giuridici quel loro costrutto specifico, che dev'essere ritenuto essenziale non solo alla sua esistenza come legge, ma anche alla sua intrinseca giustizia.

Trovato questo bandolo, esso non sarà tuttavia

per noi un motivo di particolarismo, anzi di una nuova e più sicura, perchè effettiva, universalità. Il modello che noi andiamo a definire potrà infatti darci, sì, ragione d'ogni naturale differenziamento, più che legittimo necessario, dei comandi in funzione della vita dei singoli popoli e delle loro fasi evolutive; ma potrà anche fondare la convinzione della assoluta medesimezza del diritto sotto ogni meridiano e parallelo. Nè questo deve servire solo a sodisfare un'esigenza teoretica; ben più, costituisce la sola possibile trama d'un ordine giuridico ed etico del mondo umano, d'un ordine a raggio funzionalmente e costruttivamente e non più astrattamente universale.

Grande è dunque la posta che noi annettiamo a queste nostre indagini sul diritto. Nel generale disorientamento degli spiriti, nello smarrimento altrettanto generale del senso e valore della legge, nella secessione da una concezione universale del diritto da parte della grande Nazione germanica, che farà certo sentire nel prossimo immancabile riordinamento del mondo il peso della sua autorità non pure politica, dottrinale; noi innalziamo l'insegna di un concepimento italiano del diritto, insieme nazionale e universale, dove questi due termini vengono uniti non col nesso d'un relativismo estrinseco, piatto e accomodante, che lascia il tempo che trova, ma con un segno di eguaglianza intrinseca, strutturale, funzionale e, al limite, ideale.

Ci conforta poi in questa impresa l'esempio di Roma e la convinzione che il nostro modo d'inter-

pretare il diritto non solo può spiegare il prodigio della perpetua giovinezza ed essenziale universalità del diritto romano, ma è il più vicino al concetto del diritto e diciamo pure alla filosofia giuridica che i giureconsulti romani professarono.

Il senso filosofico ch'è nelle grandi massime della giurisprudenza romana è stato offuscato dalla supremazia regolarmente accordata alle fastose ed eleganti costruzioni della filosofia greca.

Poca attenzione è stata finora posta al profondo dissidio, all'incompatibilità, all'antipatia che la forma mentis romana provò a contatto colla forma mentis greca (1); e scarsa importanza è stata pure attribuita a quel senso misto di fastidio e turbamento, quando non di avversione aperta, che i Romani provarono più specialmente all'importazione dei filosofemi greci; donde le ripetute cacciate dei filosofi da Roma, dall'Italia, dall'Impero, a cominciare dai tempi di Catone il Vecchio fino a Giustiniano. Dove i Greci eccellevano, e cioè nell'arte di definire, fabbricare e classificare concetti generali e particolari, nel sillogizzare, si direbbe, *insidiosi* veri, strumento dell'inconcludente e dissolvente Sofistica, nel proporre dubbi logici, aporie, antinomie, antitesi insolubili, rompicapi eleganti e inutili; i Romani reagivano come a una contaminazione. Menti di costruttori così nell'ordine morale come nel fisico, negati per costituzione al sofisma, non amavano astrarre e perdersi nell'in-

---

(1) V. il mio saggio: *Linee d'una nuova storia del pensiero italiano*, nel vol. VI, *Celebrazioni*, I.

determinatezza di generalizzazioni inconsistenti, ma integravano quanti più fattori, coefficienti, dati positivi, coi quali dominare e edificare la *res romana* nel mondo. Per questo eccelsero nel diritto, che non è opera di semplice induzione e deduzione logica, ma sintesi ordinante realistica, guidata da uno squisito senso selettivo della volontà costruttrice. E chiamarono la giurisprudenza « divinarum atque humanarum rerum notitia », così come i Greci avevano definito la filosofia; e Ulpiano accettò per sè e pei giurisperiti il titolo di « sacerdotes »: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, *veram* nisi fallor *philosophiam, non simulatam affectantes* ». La vera filosofia era dunque quella della giurisprudenza romana; simulata, artificiosa, fittizia, era la greca (1). E Vico che, come ogni buon Italico, vide a fondo in questa contrapposizione, ne concluse giustamente: « Philosophi autem Romanorum ipsi erant iurisconsulti... doctrinam de Republica et de iustitia *multo rectius quam Graeci,* non disserendo (cioè soltanto per discorrere) sed ipso usu Reipublicae perdiscebant. Itaque veram non simulatam philosophiam sectantes » (2).

---

(1) V. SALVATORE RICCOBONO: *Il proemio della parafrasi greca di Teofilo nella edizione del Ferrini.* B. I. D. R. 1938-XVI.

(2) V. il mio saggio su *G. B. Vico,* nel vol. VI, *Celebrazioni,* I, e ibid. *Linee d'una nuova storia del pensiero italiano.*

La sintesi di Roma e di Atene, di latinità e d'ellenismo, di Occidente e d'Oriente si compì nel Medioevo (1), e fu allora che la logica aristotelica prese il sopravvento, s'impossessò delle menti occidentali e le istituì alla disciplina del pensare coerente. Era molto, ma non era tutto (2). Anzi in questa disciplina, divenuta aristotelico-scolastica, se molto fu guadagnato, qualche cosa di molto prezioso andò smarrita; andò cioè smarrito il senso della eccellenza e superiorità del potere ordinante e costruttivo, cioè creativo, di tipo romano, su quello contemplativo, astrattista, generalizzatore e classificatore, di tipo greco-orientale.

Vero è che le menti più alte di stampo genuinamente italico dimostrarono costantemente la loro virtù creativa nel potere di complettere, non astraendo, ma integrando fra loro, le più ricche serie e serie di serie concettuali; non menti d'isolatori e generalizzatori dunque, ma di dominatori del concreto con sintesi piene di esperienza e penetrate di volontà: Dante, Leonardo, Galilei, Vico, Romagnosi...

Questa la forma mentis tipicamente italica, che eccelse nel genio di Roma e si espresse nel monumentale edificio del diritto romano. Da essa prenderà ispirazione norma e misura ogni costruzione universale e resistente del nuovo diritto di cui il mondo abbisogna.

La quale potrà scaturire dalle profondità della

---

(1) V. *Linee d'una nuova storia* ecc., vol. VI, *Celebrazioni*, I.
(2) V. *Nuove vedute logiche*, vol. IV.

coscienza giuridica del popolo italiano, che non a torto nè a caso abbiamo definito « il popolo più giuridico del mondo »; anzi per due ragioni: perchè è sempre in lui la stessa forma mentis che diede vita al più grande edificio giuridico del mondo, e perchè l'esperienza più intimamente e da millenni quotidianamente vissuta dal popolo italiano è l'esperienza del diritto.

È stato detto che le masse non hanno la passione della legalità. Può darsi, ma il popolo italiano ha la passione della legalità e della giustizia.

Già il meritamente celebrato equilibrio e buon senso italiano — quello per il quale da quattro secoli il mondo cattolico si accorda spontaneamente nella elezione di Papi italiani — è un prodotto di quella facoltà d'integrare e dominare le serie mentali più complicate, condizione necessaria per passare dal *summum ius* all'*aequitas*.

Ma anche la grande umanità del popolo italiano, il più umano popolo del mondo, che non può essere spietato neppure quando se lo proponga, dipende non soltanto da doti di sensibilità, di affettività e di buon gusto, ma da una educazione giuridica profonda divenuta carne e sangue. Il combattente italiano, così pronto a passare istantaneamente dalla volontà di uccidere il nemico al gesto soccorrevole verso lo stesso nemico vinto, avverte nell'attimo stesso del passaggio da una situazione all'altra il cambiamento della categoria giuridica, per cui l'uccisione legittima in combattimento divente-

rebbe un volgare e disonorante assassinio al cessare di questo.

Con la sempre vigile coscienza giuridica del popolo italiano è rimasta sempre desta e attiva e feconda la bella tradizione degli studi giuridici italiani. Chè se essa si è tenuta aliena dalle montagnose fabbriche di concetti, dove i concetti tengono luogo di realtà — fabbriche tanto in onore oltr'Alpe, e di fronte alle quali è stato rivelatore il comportamento d'un Vico, d'un Genovesi, d'un Galluppi, d'un Romagnosi (1) —, essa ha continuato ad approfondire e ad aggiornare la concezione giuridica del diritto con lo studio appassionato degl'istituti nella loro concreta efficienza, seguendo l'alto esempio dei giurisprudenti romani Mi spiego dunque benissimo com'è che i nostri giuristi abbiano sempre guardato con diffidenza o con comica curiosità le pretenziose e artificiose confezioni dei filosofi del diritto e abbiano con perfetta autonomia insegnato essi che cosa il diritto è. E qui non so tacere la mia ammirazione per maestri di diritto come Vittorio Scialoja, Chiovenda, Carnelutti, De Ruggiero, Calamandrei, Jemolo, L. Coviello, Mariano d'Amelio, Pacchioni, Santi Romano..., dalle cui opere e dai cui saggi ho più appreso, che dalla più o meno « simulata philosophia » dei miei egregi colleghi. Anche questo studio mi ha confermato nella convinzione, che bisogna riabilitare la forma mentis romana, approfondire la filosofia giu-

---

(1) V. il saggio sopra citato: *Linee*, ecc, nel vol. VI.

ridica dei giureconsulti romani, mettersi alla loro scuola, continuare la loro opera.

Concludendo possiamo fissare questo quinto punto di orientazione, che in certo modo riassume tutti i precedenti: riaffermare e custodire la mente romana, così nello studio della realtà giuridica, come nella creazione del diritto nuovo.

* * *

Per comodità del lettore ricapitoliamo qui i cinque punti di orientazione da noi illustrati.

I. Niente dualismo preconcetto tra filosofia e scienza del diritto.

II. Riconoscere l'insufficienza dei modelli logici tradizionali a spiegare il diritto e riconoscere in più complesse funzioni mentali la struttura dei comandi giuridici e dell'ordine giuridico.

III. Uscire dalle viete disquisizioni tra formalisti o logicisti e contenutisti o eticisti; indagare sulla particolare natura e logica dei valori giuridici, rilevarne la specificità funzionale non soltanto strutturale, ma ontologica e ontologizzante.

IV. Massima possibile positività nello studio del diritto, ma con quella necessaria apertura mentale che sa scorgere oltre i limiti del fatto empirico gli aditi a tutte le inerenze e ipotesi trascendentali, in modo da acquistare una superiore nozione del diritto in funzione dell'intero problema umano.

V. Riaffermare e custodire la mente romana così

nello studio della realtà giuridica, come nella creazione del diritto nuovo.

I dieci capitoli che seguono si propongono d'indagare sui *princìpi* fondamentali del diritto. Solo in via di esemplificazione sarà fatto cenno agl'*istituti*.

La distinzione tra princìpi e istituti corrisponde esattamente a quella tra la filosofia critica e le filosofie sintetiche o dommatiche. Quella fa l'aggiornamento critico dei problemi e dei criteri per risolverli; queste optano per una particolare soluzione.

Il compito di una filosofia critica del diritto si arresta dunque alla frontiera segnata dai princìpi. Oltre questa frontiera, nel passaggio dai princìpi agl'istituti, intervengono fattori di ordine assai complesso, politici nel più largo senso: quali legati a un determinismo naturale sempre sovrastante, come i fattori dell'economia; quali ispirati al grado di moralità e spiritualità cui sono pervenute le grandi medie umane considerate; quali opzionali e dovuti a una scelta delle direzioni storiche che lo Stato assume nella sua superiore libertà e responsabilità.

Dove il còmpito del filosofo cessa comincia quello del legislatore e dell'uomo di Stato.

All'indagine sui princìpi sono adunque destinati questi dieci capitoli, che si susseguono secondo il seguente piano. Dopo un primo capitolo, nel quale è data una definizione iniziale del diritto (in prosieguo ne saranno formulate varie altre, ma in fon-

do tutta l'opera è una continua definizione del diritto), i capitoli II, III, IV e V sono dedicati alla struttura logico-categorica, diciamo tecnica, dei comandi giuridici, dell'ordine giuridico e della sua particolare dialettica, mentre il capitolo VI studia i valori giuridici nella loro connessione con l'intero mondo dei valori umani e con la logica dei valori. Il capitolo VII, nel quale viene delucidata la classica questione dell'autonomia ed eteronomia del diritto, serve di transizione, e cioè di compendio dei risultati ottenuti e d'introduzione ai tre capitoli finali, dove le massime sintesi sono raggiunte nella teoria dello Stato (Cap. VIII), nella teoria della legislazione (Cap. IX), e nel quadro storico filosofico dell'evoluzione e delle rivoluzioni del diritto (Cap. X).

Non c'è quasi bisogno di segnalare, che questo piano non ne segue nessun altro ed è in tutto tracciato sulla schema generale della mia filosofia critica.

Come ho già avvertito, le citazioni di altri autori saranno ridotte al puro necessario. Più frequenti saranno invece le citazioni di altri miei saggi unicamente per la mia sollecitudine di documentare il più possibile le mie vedute personali e di dare a chi ne abbia vaghezza il modo di approfondirle.

CAPITOLO I.

DEFINIZIONE DEL DIRITTO

1. Ogni scienza, dicevamo nell'Introduzione ai Prolegomeni (1), comincia e finisce con una definizione; la prima serve a delimitare l'oggetto della ricerca, la seconda a raccoglierne i risultati.

L'estrema complessità dei fenomeni del diritto ci obbligherà a una serie di approssimazioni e di progressive definizioni. Qui dobbiamo limitarci a una definizione iniziale soltanto indicativa, sufficiente a riconoscere e a circoscrivere con esattezza il campo delle indagini che andiamo a intraprendere. Pertanto essa deve abbracciare tutti gli aspetti e tutte le varietà del diritto in tutti gli stadi delle loro evoluzioni, senza scelte aprioristiche, ma deve anche distinguerli nettamente da tutto ciò che, pur inerendo nel diritto, diritto non è. La prima definizione vuole indicare in altri termini ciò che po-

---

(1) *Prolegomeni alla scienza del bene e del male* (Roma, 1915), 2ª ed., vol. XII, 1941-XIX.

tremmo chiamare *il luogo geometrico dei fenomeni giuridici*, in quanto li contenga tutti ed essi soltanto. In tal modo la nostra inchiesta avrà la massima desiderabile ampiezza congiunta al massimo rigore; ed eviterà l'errore comune nelle discipline morali di anticipare nella prima definizione dei loro oggetti un modo preferenziale di concepirli, escludendone tutti gli altri, con pregiudizio della ricerca.

In conformità al procedimento generale della nostra *filosofia critica* (1), noi non muoveremo da un *concetto*, ma dall'*esperienza* del diritto.

L'esperienza non è solo la conoscenza più certa e indubitabile che noi possediamo; è il dominio da cui non possiamo mai nè evadere nè prescindere. Ogni tentativo di uscirne non è che un modo di sostituire talune esperienze ad altre esperienze. Ogni concetto che riusciamo a darne deve sempre giustificare se stesso traducendosi in termini di esperienza, ma deve poi anche constatare di essere solo una sintesi parziale rispetto alla esperienza concreta. Infatti qualunque concettualizzazione, spontanea o riflessa, è compiuta sotto la prevalenza d'una categoria o d'un gruppo di categorie, mentre l'esperienza concreta non nasce se non col concorso e coll'integrazione di tutte (2).

Naturalmente l'esperienza del diritto cui vogliamo riferirci non è quella immediata, soggettiva, mo-

---

(1) V. per ciò ch'è detto in questo paragrafo *Nuovi principi*, *Nuove vedute logiche*, *Verità dimostrate*, cioè i voll. I, IV e V.
(2) V. *Idee e concetti*, vol. II.

mentanea, instabile, ma un'esperienza già stabilizzata e cioè in qualche modo concettualizzata.

Per abbracciare la totalità di tale esperienza, e non cadere nella parzialità dei concetti, non c'è allora che una via: risalire nella gerarchia delle categorie alla categoria più universale che comprende tutte le altre, cioè alla *categoria della relazione* (e infatti ogni esperienza è un contesto e costrutto di *relazioni*, stabili e instabili); e mettere in evidenza fra tutte le relazioni comunque configurate nell'esperienza giuridica solo il gruppo di relazioni aventi la massima *costanza*, che potremo perciò chiamare *le costanti del diritto*.

Se noi riusciremo a mettere subito in evidenza le relazioni costanti che si riscontrano in qualunque fenomeno giuridico, tali che bastino a caratterizzarlo e che non possano mancare senza che il diritto venga meno, noi avremo dato veramente sin dal principio la più universale e comprensiva, cioè la più economica ed esatta definizione preliminare del diritto. La quale pertanto non sarà *sostantiva*, o come suol dirsi *ontologica*, nel senso che s'identifichi con taluno dei contenuti particolari dell'esperienza giuridica, il bene, il giusto, il torto, l'utile, la libertà, ecc.; ma sarà *formale*, cioè *relazionale* o *funzionale*, in quanto preleverà dalle esperienze del diritto tutti e soltanto i loro *modi costanti* di essere e di prodursi. Per questa loro costanza potremo anzi ritenerli non solo universali, ma anche *costitutivi* dell'esperienza giuridica, pur senza ricadere nella mitologia platonico-aristotelico-kantiana della *for-*

ma che produce, della *forma* che crea, e riservandoci invece d'indagarne meglio la struttura e le determinanti. Intanto astraendo provvisoriamente dai singoli contenuti, oggetti e scopi dei fenomeni giuridici, li abbracceremo tutti.

2. L'esperienza ci presenta una molteplicità di regioni della fenomenologia giuridica. La regione più vasta, che ha di solito il posto d'onore nelle comuni definizioni del diritto, pur non potendo rappresentarlo nella sua totalità, è quella dei *rapporti necessari* o *elettivi* fra tutti i membri di una consociazione umana. Tali rapporti vengono interamente e costantemente sottoposti a una *valutazione positiva* o *negativa*, di cui vedremo più innanzi le profonde scaturigini. Qui possiamo limitarci a constatare il fatto, che la valutazione è sociale e non soltanto individuale, e che, comunque motivata da considerazioni di necessità politica, o di convenienza economica, da interessi religiosi o morali, si concreta nel piano giuridico in un giudizio concessivo o permissivo di *liceità* e privativo o proibitivo di *illiceità*.

S'intende che la sfera della *liceità* in sè è incomparabilmente più ampia di quella giuridicamente definita. Infatti nella immensa varietà delle azioni umane, che si propongano un fine obbiettivamente apprezzabile, cioè dati effetti personali o sociali, si può, sempre rimanendo nella sfera del lecito, agire con la semplice speranza o presunzione indeterminata, che tali effetti siano raggiunti (es. scrivere

una lettera o fare una visita ripromettendosene taluni vantaggi). Si dànno invece azioni di sommo o speciale interesse per la vita, in cui è assoluto e generale il bisogno di prefissare socialmente le condizioni alle quali è costantemente conferita a un comportamento conforme la massima prevedibile *certezza degli effetti voluti*. Ad esemplificarle basti pensare all'unione matrimoniale in confronto alla venere vaga, o all'acquisto formale della proprietà in confronto alla semplice appropriazione.

Chiamiamo *diritto civile* il complesso di norme che definiscono e regolano i fatti ed atti leciti *provveduti di certezza.*

Da ciò una prima definizione: « il diritto civile è l'insieme delle condizioni generali di fatto e di modo stabilite a titolo universale e impersonale, alla cui stregua è attribuita socialmente a determinate azioni umane e a determinati fatti che vi si colleghino la costante massima previdibile certezza, cioè la certezza legale, di effetti sensibili anch'essi determinati ».

3. Vale la pena di analizzare questa definizione.

Emerge anzitutto da essa che il regno del diritto è quello delle azioni umane e che se esso considera pure fatti d'altro ordine, come ad es. accadimenti naturali, il perire di una cosa o il prodursi d'un dato evento (alveus in flumine natus, e simili), si deve sempre trattare di fatti connessi in qualche modo con l'agire umano, perchè interessi di

stabilirne la natura e portata giuridica. È quindi vera la proposizione fondamentale del Digesto: « hominum causa omne ius costitutum sit » (Ermogeniano, L. 2. D. 1,5).

In pari evidenza emerge la *natura sociale* del diritto, donde la sua onnipresenza in qualunque aggregato umano, dal più primitivo al più evoluto, sol che vi siano in qualsivoglia modo stabilizzate e certificate le condizioni generali dell'*agire con effetto legale. Ubi societas ibi ius.* Riconosciuta questa natura sociale del fenomeno, rientra nella nostra definizione tanto il diritto consuetudinario, quanto quello che emana da poteri legislativi e disciplinari dell'autorità costituita, quanto infine quello che si viene elaborando nella giurisprudenza, purchè gli venga riconosciuta una funzione e forza normativa di portata generale. Tutte le *fonti* del diritto compongono, se non sempre un sistema, almeno un *continuo* fra loro.

Colla socialità del diritto va di conserva la sua *universalità* e *impersonalità*. Ciò vuol dire che le condizioni della condotta giuridica debbono essere stabilite non per casi isolati nè per soggetti singoli, ad hominem, ma per l'universalità dei casi previsti e per l'universalità dei soggetti considerati. « Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur » (Ulpiano, L. 8. D. 1,3). Questa proprietà distingue nettamente la norma di diritto da qualsiasi altra forma di comando della pubblica autorità, decreto, editto, sentenza ecc. concernenti casi particolari e individui nominati. L'universalità giuridica

non è, s'intende, quantitativa, ma *logico-categorica* e cioè *funzionale;* non è necessariamente di fatto, ma di principio. Ancorchè la norma contempli gruppi circoscritti di casi e persone, essenziale dell'ordine giuridico è ch'essa disponga a loro riguardo *sub specie universitatis.*

Abbiamo pure detto, che il diritto è un *insieme di condizioni generali*:

un'*insieme*, perchè nessuna condizione sta a sè ed è isolabile da tutte le altre, anzi s'integra in un complesso di situazioni e ragioni per lo più *sottintese* e *coimplicate;*

un *insieme di condizioni*, perchè le norme di quest'ordine sono condizionate, ipotetiche: « si quis... »;

un *insieme di condizioni generali*, perchè la previsione non deve necessariamente estendersi a tutte le circostanze dei singoli casi, bastando che definisca *tipicamente*, nei tratti necessari e sufficienti a caratterizzarlo, il rapporto previsto e provveduto di certezza.

E tali condizioni debbono essere *di fatto e di modo: di fatto*, senza di che non saremmo ancora nella sfera positiva dell'agire umano, ma tutt'al più in quella del puro cogitare e sentire, che non appartiene al diritto; e *di modo*, perchè il *comportamento giuridico*, per essere inequivocabile e per potere pretendere ai previsti effetti legali, deve rivestire dati requisiti esteriori, sì come non dubbia manifestazione di volontà, e sì come rispondenza ai caratteri esteriori e nei casi più importanti, solenni, di

rito prescritti affinchè servano a contradistinguerlo erga omnes. Solo questa rispondenza ha il potere di fare acquistare a un dato rapporto umano definizione ed esistenza nell'orbita delle certezze giuridiche.

L'efficacia delle condizioni è attribuita poi *socialmente*, il che significa, che la volontà che conferisce e garantisce tale efficacia è *superindividuale*. Essa procede dalla ragione sociale della norma e non è quindi passibile, in ciò che è essenziale, di variazioni arbitrarie. Chi ne devia lo fa a suo rischio e pericolo. La socialità dell'attribuzione indica pure che tutta la società è *solidale* nel garantire l'effetto certo, non soltanto per l'interesse particolare in questione, ma per un interesse universale e costante che vi si rispecchia.

Tale efficacia è conferita a *determinate* azioni e a *determinati* fatti. È questo un carattere di *rigore* e di *positività* del diritto, per cui mentre la formulazione delle condizioni si tiene necessariamente sulle generali, la tipicità del rapporto contemplato non consente estensioni, neppure analogiche, che non siano previste dal diritto stesso; e deve trovare riscontro nella tipicità delle azioni e dei fatti reali, perchè solo questa rispondenza ha la virtù di tradurre la certezza giuridica di potenziale in attuale.

Alle azioni e ai fatti determinati dalla norma è assicurata infine la « costante massima previdibile certezza, cioè la certezza legale, di effetti sensibili altrettanto determinati ». *Costante* vuol dire

che la norma ha una funzionalità che non si esaurisce in singoli rapporti, ma si riproduce iterativamente e indefinitamente tutte le volte che le condizioni previste si avverino. La *certezza* è la massima prevedibile, quindi giunge fino all'estremo limite delle possibilità effettive e della volontà umana, esclusi perciò i soli casi fortuiti e di forza maggiore, l'impossibilità materiale, lo stato di necessità e simili. La certezza non è dunque assoluta, nè di fatto, ma *legale;* ciò vuol dire ad ogni modo che ove manchi l'effetto principale tassativamente previsto nel rapporto, è implicitamente riconosciuto il diritto a un effetto equivalente, anche qui sino all'estremo limite delle possibilità reali. In ultimo viene precisato che gli effetti debbono essere *sensibili*, e cioè percepibili e apprezzabili nella serie delle cause e dei fini praticamente sperimentabili; e debbono essere *determinati*, cioè proporzionati e commisurati alla ragione che dà loro origine, come ogni effetto lo è alla sua causa, e ogni scopo al suo mezzo.

4. Correlativa, se non coestensiva, colla sfera della *liceità* si delinea la sua contraria della *illiceità*. In termini amplissimi si può dire che ogni negazione o perturbazione di uno stato giuridicamente *lecito* e perciò garantito, è un atto o fatto giuridicamente *illecito*. L'*illecito* va tuttavia oltre, in quanto comprende anche l'inosservanza di comandi della pubblica autorità, di ciò ch'è *dovuto*.

L'*illecito*, sempre nella sfera dei rapporti neces-

sari o volontari tra i singoli soggetti, ha naturalmente diversi gradi che vanno dal semplice disconoscimento d'un diritto a un nocumento positivamente arrecato. In relazione a tali gradi una esperienza ormai consolidata nelle coscienze, nella prassi e nelle leggi distingue un *illecito civile* e un *illecito penale.*

Una esatta caratterizzazione delle due categorie non esiste, anche perchè è l'interesse sociale che in molti casi determina l'aggravarsi della responsabilità civile in responsabilità penale (es. oggi nei delitti contro l'*assistenza famigliare*), oppure anche il trasferimento di dati atti illeciti dall'una all'altra categoria, tanto nel senso dell'aumento della responsabilità (es. il *disfattismo economico*), quanto nel senso dell'alleggerimento (es. classico le norme relative ai debiti passate dal penale al civile).

Tuttavia non consentiamo nella tendenza, oggi autorevolmente manifestata, ad abolire la distinzione, per poter fabbricare più comodamente un buon concetto generale. L'unico concetto che si estende all'intera regione qui considerata è quello di una *lesione*, d'un pregiudizio o danno (iniuria, damnum) comunque arrecati al diritto altrui; ma poi bisogna ammettere che c'è un *illecito civile* che non sarà mai trasferito nella categoria penale (es. oggi il mancato pagamento d'un debito), e c'è un *illecito penale* che non sarà mai assorbito nella categoria civile (es. i delitti contro la sicurezza dello Stato, contro le persone, ecc.).

Opiniamo dunque che le due categorie si possa-

no e debbano distinguere. E proponiamo di farlo così. L'*illecito civile* è quello che si esaurisce nella sfera di dati atti e negozi giuridici privati e consiste nel nocumento arrecato: o coll'inosservanza d'un diritto altrui (es. il disconoscimento di stato legittimo, la violazione del confine di proprietà, la negazione d'una servitù necessaria o già consensuale, ecc.); o coll'inadempimento d'un'obbligazione di dare, fare o non fare; infine producendo positivamente un danno altrui *in concorso coll'esercizio immoderato, inconsiderato o negligente d'un proprio diritto o d'una attività in se stessa lecita*: tali ad es. gli atti emulativi, le nuove opere con danno temuto, l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, ancorchè senza violenza sulle cose o sulle persone, l'abuso del proprio diritto, l'indebito arricchimento *ex aliena iactura*, e simili.

L'illecito penale consiste invece sempre: 1°) nell'inosservanza d'una norma generale o nell'inadempimento e nei casi più gravi nella violazione d'un dovere imposto dalla legge; e 2°) nel nocumento arrecato ad altri colla positiva *volontà di nuocere* loro nella persona o nei beni e *indipendentemente dall'esercizio d'un proprio diritto.*

Tra l'una e l'altra categoria stanno azioni e fatti illeciti che possono essere considerati o sotto la specie civile o sotto quella penale o sotto entrambe, a scelta, secondo i casi. Tali l'inadempimento d'un dovere civile (per es. quando la legge commina la sospensione o decadenza dalla patria pote-

stà del genitore negligente, e nei casi più gravi la sua condanna penale); oppure i reati colposi, prodotti dalla propria negligenza, imprudenza o imperizia, ecc.; o infine le responsabilità colpose indirette, oggi chiamate obbiettive. Qui è la natura o l'entità del danno che determina il legislatore a fare intervenire la sola sanzione civile, o anche la sanzione penale.

Sia comunque l'illecito o soltanto civile o penale o misto, esso, in quanto ha prodotto un danno, rientra nella norma generale, per cui « qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno » (art. 1151 cod. civ.). E per questa ragione qualunque responsabilità accertata, anche in prima linea nel campo penale, trae con sè il risarcimento dei danni alla parte lesa.

Osserviamo intanto qui, che l'illecito giuridico in tutte le sue forme e gradazioni dev'essere definito e sauzionato da una norma di legge. « Dove non è legge non c'è neppure trasgressione » avvertiva S. Paolo (*Ad Rom.* IV, 15); e il giusnaturalismo dei secc. XVII e XVIII ha stabilito in termini definitivi il principio: « nullum crimen sine lege ». Questo criterio distingue invero nettamente l'illecito giuridico da ogni altro illecito soltanto religioso o morale. Si disegna così un'altra regione di norme di diritto, le quali in parte integrano e suffragano le precedenti, in parte sorgono indipendentemente da esse, e presentano proprietà *costanti* in tutto simmetriche a quelle che regolano gli atti e fatti

leciti. Anche qui possiamo definire la norma che vieta e sanziona: « l'insieme delle condizioni generali di fatto e di modo, stabilite a titolo universale e impersonale, alla cui stregua è attribuita socialmente a determinate azioni umane comunque nocive e per le quali sia accertata una responsabilità o imputabilità, la costante certezza legale di effetti anch'essi nocivi, sensibili e determinati ».

Non occorre analizzare partitamente anche questa definizione. Ci limiteremo a porre in rilievo tre punti: 1) che il momento della *socialità* nel diritto di punire c'è stato sempre, pure quando esso consisteva nella *vendetta privata* (es. *la faida*), perchè questa veniva esercitata in pieno accordo colla coscienza sociale, che ne stabiliva i casi, i modi e i limiti ed eventualmente colpiva chi non la esercitasse (es. il marito tradito che non punisse l'adultera); 2) che il diritto punisce *azioni*, anzi *azioni determinate*, vale a dire esatamente definite dalla legge come reati e imquivocabilmente rilevabili nella realtà fisica, in conformità alla massima ulpianea: « cogitationis poenam nemo patitur » (L. 18. D. 48, 19); 3) che gli effetti giuridici degli atti illeciti o sanzioni debbono essere oltre che *determinati* (e infatti s'è sentito sempre il bisogno di *proporzionarli*, dalla legge di Hammurabi, alle leggi di Dracone e al più moderno codice penale), *sensibili*, perchè questo appunto distingue la sanzione giuridica dalla sanzione morale o religiosa. Gli effetti di portata soltanto interiore o soprasensibile non appartengono alla sfera del diritto.

Così quando la legge di Manù stabilisce, che chi si serve di beni altrui, senza che il proprietario gliel'abbia permesso, si carica di un quarto delle colpe di costui (L. IV, 202); o che colui che si fregia delle insegne altrui si carica di tutte le colpe commesse da quello cui le insegne appartengono e rinasce nel ventre d'una bestia inferiore (L. IV, 200); questi effetti sono ben determinati, saranno anche certissimi, ma non sensibilmente rilevabili, nè scaturiscono dal comando e pertanto non appartengono al diritto.

5. Complementare e coestensiva con le due sfere giuridiche della liceità e illiceità è quella regione della vita giuridica che si è convenuto di chiamare *diritto processuale*. Esso consta delle norme che, sia munendo di « azione » gl'interessi leciti e protetti, sia colpendo con un'« azione pubblica » indipendente le attività illecite o le responsabilità comunque da taluno incontrate nel verificarsi d'un danno, mettono in opera al bisogno tutte le certezze previste e garantite dalla legge.

Alla forza imperativa e al potere cogente del diritto dedicheremo un apposito capitolo (Cap. IV). Qui possiamo limitarci a osservare, che anche le norme di diritto processuale, sì civile che penale, presentano le medesime « costanti » relazionali, che abbiamo rilevate nelle norme che stabiliscono il lecito e l'illecito. Possiamo infatti definirle così: « l'insieme delle condizioni generali di fatto e di modo stabilite a titolo universale e impersonale, al-

la cui stregua è attribuita a determinati comportamenti istituiti per la tutela d'un diritto leso o comunque per l'esplicito riconoscimento d'un diritto, la costante certezza legale di determinati effetti giuridici sensibili, utili o nocivi ».

Anche nella sfera del diritto processuale adunque ciò che conferisce carattere giuridico alle norme, oltre alla loro universalità e impersonalità, determinatezza e ritualità, è sopratutto la *certezza socialmente* garantita, con cui è stabilito un nesso funzionale operativo tra un dato antecedente di fatto e di modo e dati effetti concreti esattamente precisati.

6. I vari complessi normativi fin qui considerati debbono il loro carattere fondamentalmente sociale e la loro stessa origine non solo all'esistenza di fatto di un aggregato sociale, ma alla presenza in esso d'una più profonda *legge di aggregazione*. È questa *legge delle leggi*, che determina la coesione sociale, ne rende possibile la continuità, ne disciplina i modi di essere, o imposti o leciti o vietati. Ed è una legge che esiste, anche se non è esplicitamente definita e dichiarata; perchè è il presupposto immanente di qualsiasi legge particolare, che regoli la condotta di tutti nell'ambito di quella data società. Risalendo nei millenni, la forma stabile dell'aggregazione può essere rudimentale e anche andar confusa con istituti giuridici particolari, che in seguito evolveranno per proprio conto; ad esempio con le costituzioni gentilizie, dove la legge di

aggregazione sociale si fonde coll'istituto della famiglia, tuttavia essa ha sempre una sua natura e funzione che può venire distinta dalle norme giuridiche di vario ordine che nel suo seno si sviluppano. Essa è in embrione ciò che in uno stadio più evoluto si chiama *diritto pùbblico* distinto dal *privato* e ciò che in una fase di più organico e progredito sviluppo dello stesso *diritto pubblico* diventerà il *diritto costituzionale* con le sue molte derivazioni.

« La legge è il vincolo dell'umana società » diceva Dante ricordando Seneca. E il citato adagio « ubi societas ibi ius », divenuto un luogo comune del giusnaturalismo, ribadisce il concetto che non questo o quel comando, ma l'ius nella sua universalità e costanza è il fatto caratteristico costitutivo di qualsiasi società umana.

Prescindiamo per ora dall'autorità investita del potere di dichiarare e imporre l'ius. La chiameremo per ora « volontà generale » salvo a tornarci su. Osserviamo soltanto, che questa volontà, da chiunque rappresentata, diventa giuridica non in quanto comandi norme di diritto, ma in quanto essa medesima si senta e sia vincolata da una norma nello emetterle e per emetterle, e vincolata dalle proprie stesse norme una volta emesse.

Il *diritto pubblico* non consiste adunque soltanto nel potere, ma in un *potere giuridicamente disciplinato,* e nasce con la norma che il potere riconosce in se stesso e impone a se stesso.

I teorici dello Stato chiamano questa formazione,

con Kant, *Stato di diritto* (Gerber, Laband, Jellineck, ecc.). Poichè noi ci riserviamo di definire la suprema autorità o « volontà generale » che sovrasta a tutte le volontà e ai modi sociali di essere, ci fermiamo qui al concetto, che un diritto pubblico, ancorchè embrionale, è implicito persino nelle formazioni anonime del *diritto consuetudinario*, tutte implicanti un principio sottinteso d'ordine più generale; e che tutte le determinazioni concernenti il diritto cosiddetto privato contengono il presupposto di un potere sociale o pubblico più generale. È vera dunque, in un senso ancora più universale di quello attribuitole dallo stesso autore, la proposizione di Bacone: « ius privatum sub tutela iuris publici latet » (*De iust. univ. sive de fontibus iuris*, Aph. III).

Vedremo meglio in seguito come sia stata e sia variamente intesa la relazione tra diritto pubblico e diritto privato. Pei Romani era pubblico l'ius che si riferiva alla *res romana* nella sua totalità, e privato quanto spettava all'utilità dei singoli. Montesquieu tradusse questo concetto, svisandolo, col chiamare pubbliche o *politiche* le leggi che regolano « il rapporto tra governanti e governati », quasi fossero entità estranee e contrapposte, e private le leggi che regolano i rapporti dei cittadini tra loro. Oggi si è d'accordo nell'assegnare al diritto pubblico l'*ordinamento costituzionale* e *amministrativo* della *collettività politica* e inoltre il *diritto penale* e il *processuale*, in quanto anch'essi sono divenuti funzione eminente ed esclusiva del pubblico potere. Taluno

vi aggiunge i capitoli fondamentali del diritto civile, quali il diritto delle persone e della famiglia, i diritti reali e successorii, in quanto parte della costituzione sociale imperativamente stabilita, e lascia al diritto privato solo la materia degli « atti e negozi giuridici », nei quali è costituente la volontà personale (W. Burckhardt, *Hethode u. System des Rechts*, Zurich 1936).

Senz'attendere alle suddistinzioni variamente concepibili, qui possiamo farci il seguente quadro generale delle formazioni giuridiche, siano rudimentali o sviluppate, di ragione pubblica o privata: 1° legge di aggregazione sociale, che diventa giuridica nella autodefinizione e autodeterminazione dei poteri del gruppo considerato nella sua totalità, e tanto in se stesso, quanto nella sua relazione con le sue parti; 2° specificazione dei compiti che l'ente collettivo assume in quanto collettività, e organizzazione relativa, quindi: leggi militari, leggi fiscali, amministrazione pubblica — generale e particolare, centrale e locale —, diritto ecclesiastico; leggi concernenti l'economia in generale, organizzazione del territorio (bonifiche, regime delle acque, opere pubbliche, ecc.), diritto di navigazione marittima, fluviale e aerea, ecc.; 3° disciplina dei rapporti di *tutti i cittadini* verso la collettività, e cioè della cittadinanza e dei doveri e diritti inerenti ad essa; 4° disciplina dei rapporti dei *singoli soggetti*, sì verso la collettività e sì fra loro, donde i vari complessi normativi denominati *diritto civile* (ivi compreso il *commerciale*), *diritto penale* e *diritto processuale*.

Questi cenni sommari sono appena indicativi e provvisori; ma bastano a farci rilevare come la *lex legum*, l'*ius* fondamentale da cui tutte le categorie e sottocategorie del diritto pubblico e privato scaturiscono, ha certo caratteri speciali, ma possiede essenzialmente l'identica *struttura* e *funzione relazionale* dei vari complessi normativi partitamente analizzati, i quali a questa identità debbono appunto la propria maniera di essere, in quanto la riflettono medesimamente in se stessi.

Speciale di questo ius supremo è certo quel carattere d'*imperatività tassativa, perentoria e incondizionata*, che rivestono tutti i comandi della pubblica autorità, sicchè può dirsi in massima che le norme del diritto pubblico prevalgono in tutto ciò ch'è d'interesse collettivo *iubendo ac vetando*, e solo subordinatamente e condizionatamente sono *concessive* e *permissive*.

Comune a tutte queste funzioni giuridiche fondamentali, come a tutte le loro derivate, è ad ogni modo quel « carattere di *costanza e certezza funzionale*, stabilita a titolo universale e impersonale, per cui invariabilmente a date situazioni di fatto giuridicamente definite, *debbono* corrisponderne altre egualmente determinate ».

Quella *costanza* o *invarianza* e *certezza* che le norme particolari assicurano sub conditione, non è perciò un quid di aggiunto ad esse, ma ha il suo fondamento primo e ultimo nella *costanza* o *invarianza* e *certezza dell'ius in sè*, quale legge delle leggi.

7. Con le analisi fin qui fatte siamo naturalmente alla soglia dell'immenso dominio del diritto che andiamo a esplorare. Esse tuttavia ci hanno posti in grado di acquistare una visione panoramica di esso, e di dare della fenomenologia giuridica una definizione veramente universale, sì per riguardo alle società umane più diverse, dalle primitive alle evolute, e sì per riguardo alle svariate attività collettive o particolari, necessarie o elettive, lecite o illecite, che in seno ad esse si svolgono e che il diritto regola.

Un rapporto umano, qualunque esso sia, passa dalla sfera indeterminata del fatto a quella esattamente definita del diritto in quanto subisce una *immutatio iuridica*, che possiamo riassumere *nei due momenti* del seguente processo: 1° tutti gli elementi del rapporto acquistano una *definizione e determinazione tipica*, vale a dire oggettiva, universale e impersonale: 2° tra gli antecedenti e i conseguenti del rapporto viene stabilito (comandato o garantito o comminato) un *nesso costante e certo*, esattamente determinato.

In conclusione possiamo dunque dire che: « il diritto è la definizione tipica di rapporti e fatti umani, collettivi e personali, necessari o elettivi, ai quali è connessa *la costante certezza di una loro efficienza pratica socialmente determinata* »

Pertanto chiamiamo *norma giuridica* la formulazione quanto più esatta delle condizioni e modalità, nelle quali si annettono universalmente a determinati fatti e atti, determinati effetti legalmen-

te certi. L'insieme delle norme che fanno gruppo coerente per regolare tutta una data sfera di rapporti umani e di fatti ad essi coordinati è quel che si dice *istituzione* o *istituto giuridico*. L'*ordine giuridico* è l'insieme e al limite il sistema di tutti i complessi normativi che regolano l'intero mondo di rapporti umani. Tale ordine era abbastanza bene compendiato da Modestino quando diceva: « legis virtus haec est: *imperare, vetare, permittere, punire* » (L. 7. D. 1, 3). *Soggetto di diritto* è chiunque, persona fisica o ente, abbia titolo per partecipare comunque delle certezze legali, attive e passive, che le norme di diritto assicurano e impongono. L'agire conforme alle norme e agl'istituti giuridici costituiscono il *comportamento giuridico* e in termini più generali la *condotta giuridica*.

Questa nostra definizione del diritto è, come ci siamo proposti di darla, soltanto *formale*, cioè *relazionale* e *funzionale*. Essa rende in sintesi la *costante massima* fra le *costanti* del diritto e si applica quindi a tutte le configurazioni particolari dell'esperienza giuridica, a tutti i più svariati contenuti che il diritto può assumere, a tutti gli scopi generali e particolari, cui può essere indirizzato. Con questa «costante » il diritto nasce e senza di essa il diritto non è.

La nostra definizione è pertanto la più universale concepibile e può essere anche considerata come *il luogo geometrico* di tutti i fenomeni giuridici. Mentre infatti li contiene tutti, contiene essi soltanto e nessun altro ordine di comandi vi può essere compreso.

Non vi si possono invero includere nè i comandi religiosi, nè i comandi morali, cioè le norme della condotta più affini ai comandi giuridici e mescolate spesso con essi. Quelle norme non godono della proprietà fondamentale da noi riscontrata in tutte le norme del diritto e cioè della *certezza legale* di determinati effetti sensibili socialmente attribuiti all'agire umano conforme o difforme.

Chè se la condotta morale può in taluni casi produrre determinate conseguenze giuridiche sensibilmente rilevabili, come avveniva ad esempio per effetto della *nota censoria* e può avvenire ancora oggi ad es. per l'*actio ingratitudinis*, ciò non era nè è dovuto alla sola forza intrinseca del comando morale, ma al rincalzo d'un comando giuridico.

Lo stesso si dica di eventuali conseguenze afflittive connesse coll'inosservanza di dati precetti religiosi, come avviene per diritto canonico mediante l'applicazione di date pene *medicinali* e *vendicative*, aventi anche effetti pratici, oltre che spirituali (*Corpus iur. con.*, 2214 a 2290). Si pensi alla scomunica « vitando ». Ma anche qui le conseguenze pratiche non scaturiscono dal comando religioso in quanto tale, ma da una statuizione addizionale di natura giuridica.

Tutti gli altri effetti che si possono attendere da un intimo comportamento etico o religioso sono essenzialmente psicologici, spirituali, soprasensibili e quindi sfuggono alla sfera del diritto, che si estende soltanto alla vita di relazione effettivamente vissuta e praticamente sperimentabile.

Anche nel campo dei comandi politici si può fare una distinzione. Benchè l'azione dei pubblici poteri sia ormai quasi tutta inquadrata da norme giuridiche che la disciplinano, possiamo pensare a un'azione politica costretta a svolgersi tra situazioni imprevidibili, e quindi a provvedimenti discrezionali, a iniziative occasionali suggerite dall'emergenza contingente di date utilità o necessità, ad atti d'imperio insomma che pur non contravvenendo a nessuna norma del diritto costituito, non prendano obbligatoriamente le vie dell'universalità e della costanza proprie del diritto. A questo proposito è curioso osservare che il compromesso dell'uso dei *decreti-legge* è stato introdotto in Italia, in Francia, ecc., senza che una norma costituzionale li avesse autorizzati. Ad ogni modo, anche l'azione politica dello Stato diventa legge, diritto, solo quando i comandi politici assumono i caratteri propri delle *costanti giuridiche*.

8. Prima di andare avanti nell'indagine sarà opportuno istituire qualche confronto tra la nostra definizione del diritto e le principali che ne sono state date, sì da giustificare meglio la posizione da noi scelta.

In generale può dirsi, ch'è stato definito piuttosto un certo ideale del diritto, anzichè il diritto qual'è. La classica definizione di Celso, citata da Ulpiano: « ius est ars *boni et aequi* » o la formula di Seneca: « legem dicimus *iusti iniustique* regulam esse » (*De benef.* IV, 12), asserivano troppo e in-

contrarono pure nell'antichità qualche restrizione. Cicerone si era già espresso in termini prudenziali: « ius est *pars* honesti » (*De off*. 1. 5. 14). Lo stesso Seneca limitava il suo enfatico concetto di lex, ammettendo: « quod non vetat lex hoc vetat fieri pudor » (*Troad*., 342). E Paolo ammoniva di non identificare totalmente il lecito giuridico coll'onesto: « non omne quod licet honestum est » (L. 144 pr, D. 50, 17).

Il celebre trinomio della definizione giustinianea, dei iuris praecepta, derivata da Ulpiano: « honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere », (L. 10. D. 1, 1), trinomio che parve ancora a Leibniz la più esauriente definizione del diritto, era un intreccio di comandi morali e giuridici, per giunta imprecisi o unilaterali. *Honeste vivere* era evidentemente un precetto morale assai indeterminato. *Alterum non laedere* era un precetto negativo, e pertanto indefinito, suscettibile di diverse interpretazioni estensive o restrittive: estensiva per es. quella enunciata dal principio gaiano: «nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur» (L. 55. D. 50, 17), tradotto nell'aforisma medioevale: « qui suo iure utitur neminem laedit »; restrittiva quella che ammetteva che il *licitum* potesse venire in contrasto coll'*honestum*. *Suum cuique tribuere* infine, precetto celebrato dai più come l'essenza stessa del diritto, mentre riduceva tutto il diritto alle sole questioni di spettanza privata, dava già per noto che cosa fosse il « suum » di ciascuno, e quindi per risolta la questione di principio, sicchè l'attri-

buzione diventava questione di fatto, non di diritto. E la solenne enunciazione di Ulpiano con cui si aprono le Istituzioni giustinianee: « Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens » (Inst. I, 1), era certamente una rispettabilissima massima processuale, che presupponeva il diritto, non lo definiva.

Non meglio precisano l'essenza del diritto quelle definizioni che distinguono un diritto naturale, ideale, razionale, perfetto, assoluto, eterno e un diritto positivo, nel quale il vero diritto sarebbe sempre imperfettamente e incompiutamente rappresentato.

La distinzione di origine socratico-platonica, riecheggiava nella enunciazione di Paolo, riprodotta nella dottrina infinite volte: « ius pluribus modis dicitur: uno modo cum id *quod semper aequum ac bonum est ius dicitur*, ut est *ius naturale;* altero modo *quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est*, ut est *ius civile*. E. S. Tommaso ribadiva tale distinzione quando precisava: « lex naturalis nihil aliud est quam participatio *legis aeternae* in rationali creatura ». Concetti analoghi si ritrovano in tutto il giusnaturalismo, malgrado la compiuta secolarizzazione dei concetti di *natura* e *diritto*.

Ci vuole una buona dose di platonismo per insistere ancora oggi, come alcuni autori fanno, in questa mitologia di concetti puri e di realtà impura. Notiamo ad ogni modo che il problema è spostato dalla sua sede e non risolto. Quando si è detto

che esiste una giustizia assoluta e perfetta, che premia ogni virtù e punisce ogni colpa appagando le esigenze più profonde della coscienza religiosa e morale, e se ne fa il termine di confronto della giustizia terrena, non si è ancora definito in che cosa propriamente consista la funzione specifica, diremmo quasi tecnica, del diritto e in che esso si distingua dalla religione e dalla morale.

Un altro gruppo di definizioni si contenta più modestamente di porre in rilievo la natura etica del diritto. Così per Jellineck il diritto è un « minimo etico » attuato o attuabile; pur Ulrici è « la condizione esterna dell'ethos », cioè della realizzazione della vita morale; per Leclercq è « la regola della vita sociale considerata dal punto di vista del *bene comune*» ecc. Queste proposizioni e tutte le innumerevoli consimili sono in un certo senso indubbiamente vere, ma insufficienti a caratterizzare il diritto, specie nei riguardi dell'etica, mentre non dànno ragione delle non infrequenti nè lievi deviazioni che si verificano proprio tra il diritto positivo e la morale coeva. Per quanto possa essere universale l'aspirazione, che il diritto non comandi se non il giusto e l'onesto, sarebbe un errore chiudere gli occhi di fronte alla realtà e negare che troppo spesso la legge ammette o tollera situazioni che repugnano alla coscienza morale. Si pensi ad es. alle norme che disciplinano la prostituzione e che in sostanza ammettono una maggiore età nella minore età della donna che abbia compiuto gli anni 18, la quale non può ancora disporre di un soldo del

proprio patrimonio, nè contrarre matrimonio senza il consenso di chi esercita su di lei la patria potestà, ma può liberamente esercitare il meretricio, disponendo del suo fisico e del suo onore. Si pensi pure che la violenza carnale si presume solo se la persona *non* ha compiuto gli anni quattordici, e così via.

La verità è che tra diritto e morale c'è indubbiamente una parziale concordanza e che, come Leibniz diceva, nel diritto è insita *quaedam potentia moralis*, ma c'è anche differenza, e non solo *quantitativa*, come Jellineck suppose, ma *qualitativa* e bisogna ancora spiegarla.

Altri gruppi di definizioni hanno cercato di precisare il concetto indeterminato di « bene comune » con quello d'*interesse*. Rientra fra queste la celebre formula di Ihering, che definiva il diritto in senso soggettivo: «un interesse giuridicamente protetto» e in senso oggettivo: « l'insieme delle condizioni di vita della società assicurate dal potere pubblico per mezzo della coazione esterna »; oppure: « il sistema degli scopi sociali assicurati mediante una coazione » (*Zweck im Recht*). Questa definizione per la sua positività rappresentò un progresso sulle precedenti e tenne il campo nelle scienze giuridiche per più decenni.

Dire che il diritto è *un interesse munito di sanzione o di azione* era diventato un luogo comune. Ma alla fin fine la definizione riduceva la specificità del diritto al *momento costrittivo* (« il diritto è l'organizzazione della coazione sociale »), ciò ch'è

vero soltanto di talune classi di norme, specialmente rivolte contro l'illecito, ma non di tutto il diritto. Nella più ampia sfera della liceità si dànno nella maggior parte norme costitutive, concessive, permissive di diritti, e si dànno diritti soggettivi, facoltativi, potestativi, che non sono accompagnati da alcuna coazione; es. il diritto di contrarre matrimonio, di fissare il proprio domicilio in un luogo piuttosto che in un altro del territorio dello Stato, di accettare o non accettare una eredità, di recedere o no da un rapporto sociale, di affrancare un canone, e così via. E nell'amplissima sfera del diritto pubblico, specialmente nell'amministrativo, sono previsti poteri discrezionali della pubblica autorità, termini di provvedimenti, di decisioni e simili, pei quali non è stabilita alcuna sanzione.

9. Ben si spiega come alcuni teorici del diritto abbiano abbandonato la speranza di definirlo nel suo contenuto e nei suoi scopi e si siano adoperati a fissarne i *requisiti formali* giudicati universali.

La più antica e autorevole definizione formale del diritto può dirsi la tradizionale distinzione di *norma agendi* e *facultas agendi*, tradotta comunemente nella distinzione tra *diritto obbiettivo* e *diritto subbiettivo*.

Con questo tuttavia non si distingue ancora il diritto dalla morale, che consta anch'essa di *norme* e di *facoltà;* e si lascia non definita la correlazione tra i due termini o aspetti del diritto, che non è

tutto un « imperare et permittere ». Invero o la *norma* e la *facultas* sono intese come complementari fra loro e l'errore è manifesto, perchè non sempre alla norma corrisponde una facultas; o sono considerate come momenti anche parzialmente distinti della vita del diritto, e siamo allora in presenza d'un dualismo tra la funzione obbiettiva e la subbiettiva aventi origine, natura e portata diverse, quando di spettanza della collettività giuridica, quando della personalità umana, le quali diventano allora due entità non solo diverse, ma persino eventualmente e in parte almeno contrapposte. In conclusione questa definizione, lungi dall'essere veramente formale, sottintende tutta una impostazione sostantiva e attributiva del diritto.

Fra le definizioni esplicitamente *formali* del diritto è dominante quella di Kant: « il diritto è l'insieme delle condizioni alle quali l'arbitrio dell'uno può essere accordato con l'arbitrio degli altri secondo una legge universale di libertà » (*Rechtslehre, Einl.* § B). Ne deriva l'imperativo giuridico: « Agisci esternamente in modo che il libero uso del tuo arbitrio possa coesistere con l'arbitrio d'ogni altro secondo una legge universale » (ibd. § C). Altrettanto rigorosa è in Fichte la separazione tra morale e diritto e la subordinazione del diritto alla morale, col dare del diritto un concetto strettamente formale e strumentale, unicamente limitativo delle singole libertà per la reciproca sicurezza della loro coesistenza. Anche lo Stato, che nasce da un patto di unione, è considerato come « una istituzione coatti-

va alla sola condizione di assicurare la più alta liber-
di tutti ». In Hegel, com'è noto, lo Stato diventa lo stessa *idea*, o idea morale, che si fa storia in atto; e il diritto è ancora considerato come la condizione dell'« esistenza esterna della libertà », cioè « il modo esterno di essere del libero volere ». La moralità non sarebbe una funzione del diritto, ma il diritto assegnerebbe al libero volere, cioè alla volontà morale, le *forme esterne* con cui realizzarsi.

Tutte queste definizioni, ripetute in sèguito con variazioni secondarie troppe volte, pretendono di essere *formali*. Ma senza stare a ripetere la storia del concetto di *forma* da Aristotele a Kant, l'applicazione fattane al diritto da Kant, e sul suo esempio dai suoi epigoni, era quanto mai ambigua. Astrattamente e in simmetria col concetto di legge morale, intesa da Kant come lo *schema più universale di tutti i comandi morali*, cioè quello che rimane quando si prescinde da tutti i fini etici particolari; il *diritto-forma* avrebbe voluto significare lo *schema di tutti i comandi giuridici*, astrazion fatta da tutti i particolari fini giuridici. E fin qui nulla a ridire. Ma questo significato si veniva a complicare nel rapporto che Kant stabiliva tra diritto e morale. Kant avendo confinato tutta la moralità nell'imperativo categorico della legge suprema della ragione dovette di conseguenza separare nettamente morale e diritto, e così venne a concepire il diritto come *forma esterna* dell'azione morale, cioè come... *forma d'una forma*.

Ma che bisognava poi intendere per *forma ester-*

na? Ecco: sottraendo al diritto l'etica, rimane la forma giuridica. La forma è dunque ciò che residua degl'istituti giuridici quando sono svuotati di tutti i loro contenuti e scopi morali. Con questo procedimento Kant giungeva per es. alla sua famosa definizione del matrimonio in senso strettamente giuridico (nella *Metaphysik der Sitten*, *Rechtslehre*): « il matrimonio è quel contratto per cui due individui di sesso diverso si assicurano il reciproco godimento dei loro organi genitali ». Che ci fosse in questo concetto di *formale* e non di sostanziale o contenutistico, e in che senso questo concetto giuridicamente puro del matrimonio si dovesse considerare come la *forma esterna* della moralità, rimane ancora a dimostrare. Dimostrato mi sembra invece dal poco che abbiamo detto, che il gusto razionalistico di squadrare i concetti come pezzi a combinazione per portarli poi a combaciare esattamente, anzichè generare chiarezza ha prodotto in Kant nient'altro che un guazzabuglio, nel quale penosamente si sono continuati a impaniare per oltre un secolo tanti egregi ingegni. Ancora un secolo dopo Stammler tirava fuori di nuovo il *diritto-forma* dell'*economia*, con una restrizione evidentemente inaccettabile.

Più strano è poi osservare come in fondo il diritto, tanto in senso kantiano, che idealistico, ridotto alla funzione di *limite* per la coesistenza degli « arbitri », delle « libertà » o « sfere di autonomia » personale, era un concepimento giusnaturalistico, individualista e privatista. Eppure esso continuò a

campeggiare persino nella concezione romantica e legittimista dello Stato assoluto di Hegel, che tanto fieramente combattè il giusnaturalismo. Per Kant lo Stato era « l'unione di una moltitudine di uomini sotto la legge del diritto ». Ma anche nel sistema giuridico hegeliano il perno era sempre il *libero volere* di una moltitudine di soggetti liberi, ciascuno dei quali poteva poi mettersi in un rapporto libro, diremmo lirico (perchè in fondo era questo un concepimento romantico) con una sovrastante *idea del tutto*, fino a immedesimarvisi. Al *diritto ideale* del giusnaturalismo dominante sulle coscienze l'idealismo assoluto di Hegel sostituiva lo *Stato-idea*. Giusnaturalismo anche questo dunque, benchè senza trascendenza. Che cosa dicevano di meno nel campo del diritto Pufendorf, Thomasius, Bodinus, V. Alberti, ecc., quando definivano lo Stato « persona moralis composita avente una *sola volontà* » e facevano della volontà divina l'unica sorgente della volontà dello Stato e la vera « legum omnium fons »? In luogo della volontà divina sostituite l'*Idea* e avrete Hegel.

Altre definizioni in certo senso formali del diritto si possono dire quelle che mettono in rilievo il carattere universale di « ordine » che ogni espressione del diritto riveste. Già Aristotele vedeva nel diritto l'«ordine della comunanza politica »: πολιτικῆς κοινωνίας τάξις. Gli Stoici ripresero e ribadirono questo concetto e lo fondarono sulla universalità sostanziale del λόγος. Per S. Tommaso la legge è «quaedam *rationis ordinatio* ad bonum communem»

(Sum. Th. II, 91, 2). La definizione romagnosiana del diritto suona: « ordine morale (ch'è quanto dire naturale) di ragione ». Per Rosmini l'« ordine di ragione » è insito nella fondamentale categoria dell'*essere* e perciò si ritrova medesimamente nella morale, nel diritto, nella politica. Il concetto di ordine domina in molte altre definizioni del diritto. Così per J. Stahl il diritto è « l'ordine nella vita del popolo »; per Fel. Dahn il diritto è « l'ordine razionale della pace di una società umana »; per Rümelin « il sentimento del diritto è una forma dell'*istinto d'ordine* »; per Tönnies il diritto è « un ordine della convivenza che assegna ad ogni volontà il suo campo e la sua funzione », ecc. ecc. Oggi non c'è quasi trattazione del diritto che non lo chiami in qualche modo anche « ordine » (De Ruggiero, Betti, Jemolo, ecc.).

Queste vedute sono in fondo giuste, ma o si presentano già compromesse con particolari concezioni della *natura*, della *ragione*, e simili, e dicono troppo; o trascurano, come poi fanno tutte (lo abbiamo rilevato nella *Prefazione*), di dire in che cosa l'ordine consista, e dicono troppo poco.

I teorici del *diritto puro* hanno infine tentato variamente di isolare il momento specificamente giuridico delle norme di diritto. Per Kelsen la « regola di diritto è ogni clausola d'un atto giuridico che impone un'*obbligazione* a un soggetto di diritto »; definizione verbale e tautologica questa, che ha inoltre il torto di restringere tutto il diritto al concetto di « obbligazione ». Per Jèze la legge è un

« atto giuridico del legislatore » e può essere di due specie: atto creatore di situazioni giuridiche generali e atto creatore di situazioni giuridiche individuali; sicchè bisogna pensare nel diritto positivo necessariamente a un legislatore, che non sempre c'è, e assegnargli una funzione *creativa* del diritto, mentre per lo più ne ha una soltanto *ricognitiva* e *dichiarativa*. Per Edm. Picard « il diritto è l'insieme dei doveri al cui adempimento si può essere costretti dalla forza sociale organizzata » (*Le droit pure*, 1920); veduta questa evidentemente unilaterale e perciò solo parzialmente vera. Una definizione più ampia è quella di Roguin: « il diritto è il comando che un fatto sociale sia seguito da un altro effetto sociale, con sanzioni forzate in caso di inesecuzione » (*La science juridique pure*, Tom. I, 1923). Nella sua indeterminatezza la formula si applica a moltissimi rapporti di diritto; solo che rimane a definire proprio gli elementi essenziali adombrati nei termini *fatto sociale* e *sanzione*, che costituiscono i capisaldi di questa definizione e si prestano a interpretazioni molteplici.

La rapida escursione che abbiamo fatta nel campo delle ideazioni altrui ci conferma la bontà della impostazione da noi data al concetto iniziale del diritto, per una prima approssimazione.

La nostra definizione, a differenza di quelle che si dicono *formali* e sono poi surrettiziamente *sostantive*, è veramente *formale*, nel senso che è *relazionale* e *funzionale* e ci dà soltanto *lo schema di tutti gli schemi* dei comandi giuridici, compren-

dendoli perciò realmente tutti. Lo è anche in quanto è esente da qualsiasi interpretazione anticipata e opzione teorica preferenziale. Lo è infine in quanto noi, rimanendo nel suo ambito, ma spingendo più a fondo possibile l'indagine sulla struttura e funzione del diritto, possiamo sperare di eseguire una ricognizione totale delle determinanti dell'intera fenomenologia giuridica.

Nè con questo c'è da temere di restare prigionieri dell'empirismo giuridico. Era errore comune ai positivisti e ai metafisici considerare il fatto empirico come un tutto chiuso in sè e separabile dal suo sfondo noumenale; sfondo del quale si poteva o prescindere o trattare indipendentemente dall'esperienza. C'è invece, e noi l'abbiamo più volte dimostrato (1), una metafisica in ogni fisica, vale a dire una metafisica necessaria, immanente in qualsiasi più grezzo fatto di esperienza. Sicchè coll'esplorare l'esperienza giuridica nella totalità delle sue dipendenze e inerenze, noi dovremo continuamente sforzarci d'integrare i suoi termini noti colle sue incognite, i momenti conoscibili cogl'inconoscibili, i razionali cogli irrazionali. In tal modo procedendo, e senza uscire dal dominio della *filosofia critica*, noi avremo apprestati gli elementi per una fisica e metafisica anche in questa sfera dell'esperienza umana, e, se così si vuole, per una *storia naturale e sovrannaturale del diritto*.

---

(1) V. *Nuovi Principi*, vol. I; *Idee e concetti*, vol. II; *Il nuovo realismo*, vol III; *Verità dimostrate*, vol. V.

Capitolo II

STRUTTURA DELLA NORMA GIURIDICA

10. L'ordine giuridico, ancorchè embrionale e imperfetto, è sempre l'asse intorno al quale si aggirano i rapporti umani con la maggiore normalità e frequenza. Se non fosse questo speciale complesso di schemi costanti, senza le *costanti giuridiche* destinate a disciplinare i fatti sociali di massimo interesse, dalla vita del gruppo nella sua totalità, ai modi imposti o leciti dell'agire dei singoli soggetti, alla repressione o correzione degli atti illeciti, ai mezzi legali onde attuare occorrendo imperativamente tutte le certezze delle leggi, non vi sarebbe possibilità alcuna di vita associata che avesse qualche consistenza e continuità. Possiamo quindi convenire coi giuristi sociologi, per es. con Georges Scelle, nel riconoscere il carattere di necessità del diritto quale prodotto sociale. « Il diritto è un imperativo sociale — dice appunto lo Scelle — che traduce una necessità nata dalla solidarietà natu-

rale » (*Précis de droit des gens*, Tom. I, 1934).

Ma se un'ordine purchessia è necessariamente presente e operante in ciascun aggregato sociale, non appena l'aggregazione si consolidi nello spazio e duri nel tempo; la necessità, la solidarietà naturale, ecc., ne sono soltanto la premessa, e non bastano a spiegare la funzione specifica, con cui il diritto riesce a dare regolarità ai rapporti obbligatori o elettivi svolgentisi in seno a un dato aggregato umano e a conferire con ciò all'aggregato stesso coesione e durata.

Noi possiamo, se così ci piace, definire il diritto la *legge di aggregazione* di qualsiasi società umana, immanente perciò in ogni costituzione sociale; possiamo considerare le singole norme come le « derivate parziali » di quella « funzione fondamentale »; solo che ci resta a dire il più: com'è costituita in sè questa « funzione », qual'è la sua « legge di variazione » e quali sono i suoi « limiti di variabilità ». Quando avremo risposto a queste domande, cominceremo a capire che cos'è il diritto e anche quali sono le sue possibilità e impossibilità.

11. Il primo esame dev'essere perciò dedicato alla *struttura logico-categorica dei comandi giuridici*. Non è tutto, ma di qui bisogna partire.

Abbiamo già detto, che i fatti umani di comune esperienza diventano fatti del diritto attraverso un'*immutatio iuridica*, e cioè un processo per il quale essi assumono una *definizione tipica* e viene stabilito un nesso *costante* (comandato, garantito o

minacciato) fra dati antecedenti e dati conseguenti. Dobbiamo ora approfondire questi due momenti del processo.

Riferendosi alle *regulae iuris* elaborate dai giureconsulti romani, Paolo così distingueva la *regula* e l'*ius*: « regula est quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat » (fr. 1. D. 50, 17). In sostanza l'ius sarebbe la *ratio essendi* della regula e la regula la *ratio cognoscendi* dell'ius. La distinzione era pratica, non scientifica. In conformità a quanto abbiamo già rilevato a noi sembra che si possa ravvisare in ogni norma una parte *descrittiva* e una parte *precettiva*.

12. I dati ai quali una qualunque norma di diritto si riferisce sono tolti all'esperienza comune e li indicano di solito nel modo più chiaramente riconoscibile: « si in ius vocat... », « si pater filium ter venum duuit...», «ogni cittadino...», «il domicilio di una persona... », « quando al coniuge defunto siano superstiti figli... », ecc. ecc. Osservando meglio si rileva che i termini adoperati sono tutti *concetti* e precisamente *concetti generali*: concetti rozzi o sottilmente elaborati, empirici o scientifici, ma in ogni caso concetti. E cioè *concetti di classe*, che definiscono *classi di persone o di cose*; e *concetti di rapporti*, che definiscono *relazioni* di persone e cose.

I *concetti* dunque, e non la realtà nella sua piena concretezza — inesauribile a qualunque analisi

e nelle sue individuazioni indefinibile (omne individuum ineffabile, dicevano con ragione i Peripatetici) —, sono la *materia prima* delle norme di diritto. Non tutta la realtà, ripetiamo, ma la realtà filtrata nei concetti generali penetra negli schemi del diritto e precisamente nella sola misura in cui essa è di per sè concettualizzabile e riesca ad essere concettualizzata. A questo patto le norme del diritto possono subsumerla. Tutto ciò che non è concettualizzabile sfugge a ogni possibilità di regolamento giuridico.

I concetti generali, siano di classe, siano di rapporti, segnano il distacco degli elementi giuridicamente essenziali o rilevanti, da tutte le contingenze dell'accadere umano giuridicamente indifferenti. Nella sfera della concettualizzazione giuridica le persone, le cose e i rapporti considerati acquistano quella necessaria *tipicità*, che concilia la maggiore raggiungibile *determinazione* colla *universalità* voluta. Sono i concetti generali a formare il ponte che collega la sfera di realtà che interessa di disciplinare, con lo schema di realtà che la norma mira a costituire. Essi intervengono quindi nei due sensi della norma, e cioè nel senso che procede dal fatto al comando, definizione dell'*antecedente giuridico*, e nel senso inverso che va dal comando al fatto, definizione del *conseguente giuridico*.

In questa prima relazione tra l'esperienza di fatto e l'esperienza giuridica, il diritto presenta una certa analogia con la matematica (d'altronde non la sola, chè nel corso delle nostre indagini avremo

occasione di rilevarne altre ancora più notevoli); e precisamente con la relazione tra l'esperienza fisica e gli schemi matematici. Mentre è innegabile l'origine empirica degli enti matematici, questi diventano *concetti puri* attraverso una tipicizzazione di forme, che segue una propria logica. Il contatto colla realtà empirica viene ristabilito, se ed in quanto questa riesca a conformarsi ai modelli matematici. La retta è la più breve distanza fra due punti d'un piano geometrico in uno spazio tridimensionale e diventa anche il più breve percorso di chi cammini o navighi o voli, se gli riesca di uniformare quanto più la propria geodetica alla retta in un piano geometrico. Analogamente nel diritto: si definiscono degli *enti giuridici*, desumendoli dalla realtà umana e sociale, e si ripropongono tali enti a modelli della realtà stessa giuridicamente ricostituita.

Vedere la realtà sociale e umana sotto la specie dei fatti che più frequentemente vi si ripetono, è un primo rozzo principio di generalizzazione. Alle più ingenue e grossolane concettualizzazioni dell'esperienza tengono dietro con lentissima evoluzione le sintesi concettuali di più in più adeguate.

Spesso ci sono ragioni di opportunità, che suggeriscono dei curiosi compromessi tra i concetti. Così per es. la giurisprudenza romana per conservare quanto più l'autorità di date norme delle XII Tavole, estese il concetto del *tignum iunctum* via via a tutti i materiali di costruzione, contitnuando a chiamare *tignum*, trave, o palo di legno, « omne genus

materiae », come si esprime Gaio, ed « omnis materia ex qua aedificium constat », come dice Ulpiano, comprendendovi perciò pietre, marmi, colonne e persino la calce e la sabbia. A volte è la mancanza vera e propria d'un concetto generale nuovo, che conduce a dei ripieghi. Così per es. la letteratura giuridica della fine del secolo scorso dibattè a lungo la questione, se l'appropriarsi della corrente elettrica costituisse o no il reato di furto, limitato secondo la tradizione romana alle *cose mobili.* Il nostro codice penale risolvette la questione (art. 624) definendo ancora il furto l'impossessarsi della cosa mobile altrui al fine di trarne profitto ecc.; e soggiungendo che « agli effetti della legge penale si considera *cosa mobile* anche la *energia elettrica* e ogni altra energia che abbia un valore economico »; dove la mancanza d'un concetto generale comprendente le cose mobili e l'energia è evidente.

Ad ogni modo le legislazioni progrediscono con la maggiore precisione e ampiezza dei concetti generali adoperati e con la capacità di introdurre tra essi delle gerarchie e alla fine un sistema coerente.

13. Il momento *descrittivo* delle norme giuridiche, sì nel loro punto di partenza e sì in quello di arrivo, è dunque affidato interamente a *concetti generali.*

Logicamente parlando, s'è detto, essi sono *concetti di classi* (di persone e cose) e *concetti di rapporti* (di persone tra loro, es. rapporti di famiglia, di suc-

cessione, ecc.; di cose tra loro, es. l'accessione, gl'immobili per destinazione, ecc.; di persone e cose, es. la proprietà, il possesso, la compravendita ecc.).

A tenore delle nozioni logiche correnti noi potremmo tracciare un paradigma semplice e seducente, dicendo che i *concetti di classi* sono un prodotto delle *funzioni logiche* e i *concetti di rapporti* un prodotto delle *funzioni categoriche*.

Noi sappiamo invece, che fin la più elementare intuizione, apparentemente semplice (di assolutamente semplici non ne esistono), non nasce nè si configura e fisionomizza, se non coll'intervento dell'intera nostra *struttura mentale* e cioè coll'impiego più o meno cosciente di tutti i nostri schemi logico-categorici; e che la *concettualizzazione* non è se non lo sfaccettamento consecutivo della sintesi totale, che ha già posto in essere una data esperienza, in una serie di sintesi parziali prelevate dall'insieme, in funzione dell'uno o dell'altro gruppo di categorie, senza mai riuscire a un isolamento completo (1). Perciò tanto i *concetti generali di classe*, quanto i *concetti generali di rapporti* sono un prodotto dell'intero nostro complesso logico-categorico.

Attenendoci al quadro di tale complesso da noi disegnato nei *Nuovi princìpi* e premessa la tripartizione di tutte le categorie in *qualitative, quantitative* e *dinamiche*, noi possiamo qui aggiungere

---

(1) V. *Nuove Vedute logiche*, vol. IV.

questo: i *concetti di classe* sono un prodotto delle funzioni logico-categoriche, nel quale la prevalenza è accordata al gruppo delle *categorie qualitative* e più particolarmente alla categoria tradizionalmente denominata della *sostanza* e degli *attributi*. E i *concetti di rapporti* sono un prodotto delle funzioni logico-categoriche, in cui la prevalenza è accordata alle *categorie quantitative* (le cosiddette *categorie matematiche*) e alle *categorie dinamiche* (causa ed effetto, mezzo e fine, azione e reazione o inter-azione, funzionalismo necessario o condizionale, potenziamento unilaterale, mutuo o generale, ecc.).

Nella concettualizzazione degli antecedenti e dei conseguenti d'una norma prendono parte, secondo i casi, tanto *concetti di classi*, quanto *concetti di rapporti*, con le loro diverse sottospecie. Ad esempio nella Legge delle XII Tavole: « si pater filium ter venum duuit, filius a pater liber esto », la premessa contiene i *concetti di classe* « pater » e « filius » e i *concetti di rapporti* « si » (primo termine della categoria della *condizionalità*), « ter » (categoria della *quantità*), « venum » (categoria della *finalità*), « duuit » (categoria della *causalità*); la conseguenza contiene i medesimi *concetti di classe* « pater » e « filius » della premessa, e i seguenti *concetti di rapporti*: « esto » (risoluzione della categoria della *condizionalità* incorporata insieme colla categoria della *finalità*); « a » (categoria della *causalità negativa*), « liber » (categoria della *qualità*).

Ciò detto, risulta evidente com'è che il progresso giuridico è legato al progresso delle funzioni logico-categoriche e dell'intera struttura mentale. E si spiega com'è che il diritto abbia avuto il più grande sviluppo e potere disciplinare in un popolo di loici, di tecnici e di costruttori, quale il popolo romano; ed esistenza grama e instabile in un popolo di poeti e di artisti, quale il popolo greco. Infine dobbiamo attenderci che una più progredita « tecnica del pensare » e sopratutto del concettualizzare influisca in modo benefico sulla vita del diritto.

Cade in acconcio richiamare qui, ad esempio, la nostra critica dei *concetti generali* costruiti per *generi e specie*, secondo la logica tradizionale aristotelico-scolastica (v. saggio *Le idee generali*, 1919, contenuto nel vol IV, *Nuove vedute logiche*); donde quella tendenza a considerare i concetti come entità sostanziali, statiche, invariabili. Tutte le assolutezze e durezze e ferocie del « summum ius » sono sempre derivate da questo modo d'intendere i concetti generali. Chi invece imparasse, come noi abbiamo proposto, a emanciparsi dalle condotte forzate dei *generi* e delle *specie* (che sono poi uno solo fra i molti possibili modi di concettualizzare e di gerarchizzare i concetti) e dal saliscendi induttivo-deduttivo; e a servirsi pei concetti generali del modello di « funzione a una o più variabili aventi ciascuna un proprio limite di variazione »; non solo vedrebbe animarsi e dinamizzarsi l'intero mondo dei concetti, ma conseguirebbe una più stretta adeguazione di essi all'immensa varietà dei casi umani. Sia-

mo convinti che con questo perfezionamento del regime logico-categorico, riflesso anche nei concetti del diritto, se ne renderebbe più penetrante l'applicazione e si schiuderebbero all'*equità* le vie di un migliore funzionalismo della norma generale, e non soltanto quelle incerte del sentimento e della pietà invocanti un'eccezione alla regola, come quando l'Ecclesiaste esortava: « noli esse iustus multum » (VII, 17).

14. La componente *descrittiva* fornisce ad ogni modo soltanto la materia prima dei comandi giuridici e non li costituisce ancora. Essi debbono quello che sono all'intervento della componente *precettiva*. In che cosa consiste?

Il *momento precettivo* introduce tra l'antecedente giuridico — di fatto e di modo — e il conseguente pur esso giuridico — cioè l'effetto voluto, determinato e sensibile — una *relazione* che non solo vuol essere *costante*, ma è *addizionale*, *nuova*, tale che senza la norma non esisterebbe, almeno nei modi in cui la norma la stabilisce.

Questa relazione non deriva da una *deduzione logica*, benchè rientri nel quadro delle funzioni logico-categoriche; nè si deve a una *necessità*, di genere fisico, chè in tal caso la norma sarebbe superflua; ma è un *nesso volontario, creato d'autorità dalla norma stessa*, con un suo *atto d'imperio*. Il *vinculum iuris* che la norma istituisce tra i suoi antecedenti e conseguenti ha la sua *origine*, la sua *definizione* e la sua *determinazione categorica*, cioè

qualitativa, quantitativa e *dinamica,* nella norma stessa.

Precisiamo anzi che la relazione precettiva è frutto d'una *scelta* fra più alternative, e che queste alternative nel loro insieme segnano a un tempo la *legge di variazione* e i *limiti di variabilità,* entro cui la *scelta volontaria* della norma può compiersi.

Infatti la *definizione* e la *determinazione categorica,* che la norma statuisce nel fissare in quel dato modo la *costante giuridica,* hanno luogo entro l'ambito delle definizioni e della struttura logico-categorica dei concetti generali di classi e di rapporti, sui quali la norma esercita la sua scelta. Oltre tali definizioni e oltre tutte le loro combinazioni, non solo astrattamente pensabili, ma effettivamente eseguibili, la norma non può andare. Ma fra tutte le combinazioni escogitabili e possibili la norma sceglie proprio quell'una che viene a consistere nel suo momento precettivo.

Questa scelta, dicevamo, è *volontaria,* e corrisponde a ciò che suol dirsi « la volontà del legislatore », anche quando un legislatore non c'è. In termini più generali possiamo attribuirla a quella « volontà generale », cui abbiamo già accennato nella definizione iniziale del diritto, e che ci riserbiamo di esaminare più avanti.

Vogliamo qui far presente, che in genere i teorici del diritto confondono la funzione precettiva del comando con le funzioni sillogistiche che presiedono alle comuni relazioni tra i concetti generali. Pochi hanno visto il carattere *creativo* della norma, e fra

le eccezioni citiamo a titolo di onore il Betti.

Insistiamo perciò nell'ammonire, che nulla di sillogistico v'è tra gli antecedenti e i conseguenti della norma; e che il nesso precettivo non è veramente inteso neppure quando lo si assimila a un rapporto di causa ad effetto o di mezzo a fine, riconducendo « la necessità e regolarità dell'accadere giuridico » appunto a un *nexus causalis* o *finalis*, come recentemente ha fatto ancora A. Manigk, (*Das rechtswirksame Verhalten*, Berlin 1939). La *causalità*, ancorchè qualificata *giuridica*, farebbe rientrare la funzione del diritto in un *determinismo* che non c'è. E quanto alla *finalità*, anch'essa obbedisce a un determinismo rovesciato, e ha una rigidezza che contrasta con quel carattere di *scelta fra più alternative*, che qualsiasi norma possiede.

C'è evidentemente una *causalità* e c'è un *finalismo* in ogni norma, come c'è in tutti i fatti umani; e perciò, come abbiamo accennato, v'intervengono, oltre le categorie qualitative e quantitative, anche le *dinamiche*. Ma il *fiat* che dà vita al precetto, pur agendo nella cerchia di tutte le varie combinazioni categoriche che gli elementi della norma consentono, è quell'atto d'imperio addizionale, supplementare, che sceglie un particolare vinculum iuris e lo affida alla norma.

L'invarianza tra l'antecedente e il conseguente giuridico è dunque *voluta*, ed è comandata in quanto è voluta, e se utile garantita, se nociva minacciata. Appunto per questo siamo nella sfera del-

l'*attività volontaria*, e non in quella della necessità naturale. Infatti la funzione della volontà che dà vita al diritto non è soltanto quella del legislatore o di quel potere legislativo anonimo che ha creato comunque una norma di diritto; è anche quella di tutti i soggetti che dovranno o vorranno conformarsi alla norma con un atto di adesione che riproduca in se stesso il medesimo *vinculum iuris* contenuto nel comando. Il carattere d'invarianza o costanza del diritto *nasce dalla volontà e vive delle volontà* di tutti i soggetti implicati nel rapporto, i quali possono a loro volta uniformarvisi con vantaggio o deviarne con danno. La relazione costante, che la norma di diritto inserisce e asserisce fra le azioni volontarie umane, non solo non ha nulla della fissità dell'accadere fisico od organico, ma anzi presuppone le fluttuazioni delle volontà e il mutare delle circostanze. Contro queste vicende eventuali e aberranti la *costanza* della norma, che lega a determinati antecedenti determinati conseguenti dell'agire umano, sino all'estremo limite delle possibilità reali, è appunto quella funzione specifica del diritto, che solo il diritto sa e può adempiere, e che sola può dare regolarità e costanza alla vita di relazione nell'ambito di un aggregato qualsiasi.

Coloro che hanno parlato del diritto come *norma tecnica*, strumentale, per lo più sotto la suggestione kantiana, fichtiana, hegeliana, non hanno visto che il diritto, in ciò che ha di essenziale, cioè nel suo momento precettivo, sfugge al determinismo che domina in qualsiasi tecnica. Se si vuol

parlare di *tecnica giuridica* nel senso del migliore trattamento logico-categorico dei vari elementi che una norma aduna in sè, questo può anche farsi, ma subordinatamente a una visione più libera e più vera della specifica natura e funzione del diritto.

15. Una *teleologia* è certo nella vita del diritto, come in tutta la vita umana; ma da distinguere da ogni finalismo naturale, proprio per quel momento di *scelta* e di *responsabilità*, ch'è negli atti umani ed è evidentemente anche nella funzione precettiva dei comandi giuridici.

La scelta è, dicevamo, condizionata da una legge di variazione che impone certi limiti di variabilità. Nessuno potrà mai fare per es. del contratto di matrimonio un contratto di società commerciale, o un contratto di assicurazione, o un contratto di locazion d'opera, sia pure limitata alle funzioni sessuali, come Kant pretese. Ma non c'è dubbio che l'istituto del matrimonio ha subìto delle traformazioni e che ad es. la potestà maritale è stata variamente concepita, quando ampliata, quando ristretta, evidentemente per una scelta che il legislatore ha compiuto entro una serie più o meno grande di alternative.

Un esempio tipico di scelta è per es. il modo in cui il nuovo codice civile italiano ha regolato l'istituto dell'*assenza* e la dichiarazione di morte presunta dopo soli dieci anni. Inoltre, avendo ammesso che il coniuge del presunto morto « può contrarre nuovo matrimonio » (art. 63), ma non essendo tuttavia

da escludersi in modo assoluto il ritorno o l'accertamento dell'esistenza dell'assente, il legislatore aveva due possibilità: dichiarare il secondo matrimonio valido o nullo. C'erano cinquanta buone ragioni per l'una come per l'altra soluzione, ed infatti talune legislazioni optano per l'annullamento del secondo matrimonio, altre per la sua validità (es. l'olandese). Il nostro codice ha optato per l'annullamento (art. 66), e si può essere sicuri che in ciò hanno avuto la preponderanza considerazioni d'ordine religioso.

Nel diritto successorio sono concepibili le disposizioni più varie, che vanno dalla totale abolizione al ripristino di un certo « fidecommesso » nella tutela del patrimonio familiare. Anche qui il legislatore ha avuto presente un'ampia serie di alternative e la norma ne ha fissato una preferita a tutte le altre.

Così pure nel risarcimento del danno, quando non sia possibile una restitutio in integrum, i criteri variano secondo una scelta prudenziale, discrezionale, fra possibilità praticamente molteplici.

Nessuna relazione necessaria c'è poi tra il furto e il taglio della mano o 15 tratti di corda o la reclusione, o lo squartamento, la cremazione e la dispersione delle ceneri nelle acque del Tamigi, come ancora prescrive una legge inglese non mai esplicitamente abrogata. In questo come in innumerevoli casi analoghi il precetto della norma dipende da una *scelta*.

Per chiarire meglio questo momento opzionale

volontario che consideriamo costitutivo dei comandi giuridici, faremo ancora due considerazioni.

La prima è che esso si riscontra in tutti i comandi indistintamente, anche dove si applichino a rapporti umani naturali, in sè invariabili. Se la norma, per es., prende ad oggetto il coniugio tra due individui di sesso diverso e crea l'istituto del matrimonio; o regola la relazione parentale stabilendo i casi di filiazione legittima, naturale e illegitima, è evidente che non è il fatto umano che decide della norma, ma è la norma che decide del fatto umano, facendogli acquistare definizione e certezza mediante quella *immutatio iuridica* che traduce il vincolo naturale in un determinato *vinculum iuris*.

La seconda considerazione è che non bisogna dubitare del carattere *precettivo* della norma, neanche quando esso si enuncia in forma *descrittiva*. Quando la legge positiva definisce un dato rapporto o istituto, in quella definizione è già contenuto, incorporato ed enunciato il momento di *scelta* che conferisce al rapporto o istituto esistenza giuridica, assegnandogli imperativamente le sue caratteristiche peculiari di fatto e di modo.

Il momento del comando è in altri termini insito nella proclamazione di qualsiasi modello giuridico, il quale non lascia all'agire umano altra alternativa, se non di stare con essi o mettersi fuori di essi, con la legge o fuori legge, con l'ordine giuridico o fuori dell'ordine giuridico, accettando tutte le conseguenze del caso, buone o cattive.

16. La distinzione da noi fatta dei due momenti descrittivo e precettivo di qualsiasi comando del diritto ci ha messo in grado di individuare in una *scelta volontaria* quel principio che fa esistere fra tutte le azioni umane praticamente possibili una serie di modelli di *azioni privilegiate*, munite di tutte le certezze che il diritto stabilisce. Questa è la funzione fondamentale del diritto. Tutte le altre statuizioni giuridiche hanno un ufficio ausiliare rispetto alla principale.

Questa constatazione ci porta già a concludere che le *costanti* del diritto sono funzioni di una volontà: della volontà costruttiva d'un tipo di rapporti umani scelto tra le più diverse alternative, ma una volta scelto, sorretto, imposto, protetto da una « constans et perpetua voluntas ». La quale non si rivela quindi soltanto nei soli casi di giustizia distributiva, per assegnare « unicuique suum », ma in tutti gli schemi d'ordine che il diritto propone e impone all'agire umano.

Fatta questa constatazione ogni ulteriore approfondimento che noi potremo fare dell'esperienza giuridica sarà orientato verso l'approfondimento della *scelta dei modelli giuridici*: scelta in quell'unico senso, la quale ha per correlato la rinuncia a infiniti altri sensi, quanto meno astrattamente immaginabili.

Parlando di scelta e di rinuncia non bisogna tuttavia pensare ad atti arbitrari ed estemporanei. La certezza legale che il diritto stabilisce, assegnando costantemente determinati effetti utili o dannosi a

determinati atti e fatti umani, è la più preziosa, ma anche la più faticosa conquista storica della vita associata. Essa è raggiunta a prezzo d'infinite esperienze assertive e delle loro contrarie, tutte probanti in ogni verso, accumulate nei secoli e nei millenni, e col consolidarsi dei comandi giuridici negli ordinamenti positivi, nelle coscienze e nella prassi.

Ma noi avremmo una nozione assai imperfetta delle funzioni che presiedono a questo costituirsi e consolidarsi delle costanti giuridiche, se ci contentassimo dei risultati di questa nostra prima analisi della struttura dei comandi del diritto.

Bisogna andare più a fondo. E questo ci riuscirà possibile studiando le *scelte*, onde i comandi giuridici scaturiscono, in relazione: 1° con la *categoria dell'ordine*, e 2° con la *logica dei valori*.

Capitolo III

IL DIRITTO E LA CATEGORIA DELL'ORDINE

17. L'atto di sintesi che istituisce una *costante giuridica* o relazione invariante tra dati antecedenti e dati conseguenti, origina da una *scelta* che si compie entro una gamma più o meno estesa di alternative, condizionate, al limite, dagli elementi logico-categorici implicati nel rapporto disciplinato.

La scelta ha luogo col porre dati complessi logico-categorici — concetti di classi e concetti di rapporti — introdotti tanto nella premessa giuridica quanto nella conseguenza giuridica, in una *relazione nuova*, che senza la norma essi non avrebbero. Per questa ragione ritroviamo, sì, nella norma tutte le categorie qualitative, quantitative e dinamiche proprie dei complessi sottoposti alla scelta; soltanto in un nesso nuovo, che può consistere in una qualificazione diversa, in una determinazione quantitativa stabilita unicamente a criterio della norma, in un diverso rapporto causale o finalistico voluto.

Or se le categorie della qualità, della quantità, della causa, del fine, dell'inter-azione, ecc. vengono sottoposte a una variazione relazionale in virtù d'una scelta, esse subiscono la scelta, non la fanno. Chi compie dunque la scelta? chi ha il potere di mettere tutti i gruppi di categorie qualitative, quantitative e dinamiche in una relazione, che esse da sole non avrebbero assunta? evidentemente occorre una funzione logico-categorica superiore a tutte e che tutte le abbraccia.

Riprendiamo l'esempio della Legge delle XII Tavole: « si pater filium ter venum duuit, filius a patre liber esto ». Vi abbiamo ritrovato categorie della qualità, della quantità, della condizionalità, della causalità, della finalità. Ma nessuna di queste era sufficiente a creare il nesso nuovo che la norma ha stabilito tra loro. Chi ha dunque dettato questo vinculum iuris?

Quando tutti i coefficienti di una norma qualsiasi sono stati esattamente notomizzati e definiti, non è stato ancora colto il momento unificatore e costruttivo della sintesi, quel fiat mentale che li subordina tutti a una sua scelta e li avvince in un insieme che trascende tutti i singoli momenti della sintesi partitamente presi. Al nuovo insieme nessuna delle categorie subalterne è estranea, ma nessuna delle categorie medesime sarebbe stata capace di giungere da sè.

Questo momento sintetico superiore, che riesce a far convergere in un modo voluto tutte le cate-

gorie particolari, è la superiore *categoria dell'ordine*.

18. Abbiamo già accennato (v. *Prefazione*) a questa *funzione ordinante*, che ci si è rivelata tanto nello studio del diritto, quanto nello studio della matematica, e in sèguito in un raggio amplissimo di sviluppi funzionali illimitati. Essa ci è apparsa non come una categoria fra categorie, ma come un potere sovrastante tanto alle funzioni logiche, quanto all'insieme dei tre gruppi delle categorie qualitative, quantitative e dinamiche. Tutte le funzioni logiche e tutti i gruppi di categorie, che la tradizione filosofica da Aristotele a Kant ed oltre aveva definite e variamente classificate, possono essere infatti considerate come specificazioni subalterne della supercategoria dell'ordine, la quale a sua volta non dipende che dalla più ampia ancora, ma indeterminata, *categoria della relazione*.

Mentre non nasce esperienza se non con la possibilità d'istituire delle *relazioni qualunque*, l'approfondimento delle esperienze ha luogo se ed in quanto dal complesso delle prime relazioni si vengano configurando *relazioni ordinate* che abbiano un *senso* e un *ufficio*.

La condizione obbiettiva alla quale relazioni ordinate possono stabilirsi è il ripetersi di esperienze che presentino delle *costanze*. La condizione subbiettiva è un potere di sintesi che rilevi e traduca le *costanze* di fatto in *costanti* concettualizzate.

Questo potere che contiene virtualmente tutte

le funzioni logiche e tutte le funzioni categoriche specificate (1), è di natura categorica anch'esso ed è appunto ciò che abbiamo denominato *categoria dell'ordine*. Le *funzioni logiche* stabiliscono le condizioni dell'accordo del pensiero con se stesso, vale a dire delle *costanti del pensare*, condizione prima delle *costanti del conoscere* e *dell'agire*. Le *funzioni categoriche specificate* forniscono *modelli*, schemi di relazioni ordinate, con cui concettualizzare, interpretare e dirigere le *costanti* dell'accadere, assegnando ad esse un significato teorico e una funzione pratica definita.

Se avessimo il gusto delle analogie, diremmo che nella nostra struttura mentale la categoria dell'ordine è il tessuto connettivo di tutte le altre funzioni logiche e categoriche; ma l'espressione sarebbe impropria, perchè essa non solo le collega fra loro, ma interviene in ciascuna, più che come una componente aggiunta, con una identità di funzione variamente atteggiata.

E infatti nelle funzioni logiche è la categoria dell'ordine che vi stabilisce gli assiomi dell'*eguaglianza* (al limite dell'*identità*) e dell'*ineguaglianza*; dell'*equivalenza*, *plusvalenza*, *monovalenza*, *polivalenza*; della *similitudine*, *proporzione*, *simmetria*, ecc.; le proprietà *riflessive*, *riversibili*, *irriversibili*, *associative*, *commutative*, *distributive*, *fungibili*,

---

(1) V. vol. I., *Nuovi principi*, e specialmente i Cap. XIII (*Nuovo schematismo delle funzioni mentali*) e XIV e XV (*Nuovi procedimenti tecnici del pensiero*: a) *Riforma della logica*, b) *Spazio, tempo e categorie*. V. anche: *Nuove vedute logiche* (vol. IV) e *Verità dimostrate* (vol. V).

ecc. ecc. Nel gruppo delle *categorie qualitative* è lo stesso potere ordinante che governa le *classificazioni* (concetti di classe) e le loro relazioni *sillogistiche*; nel gruppo delle *categorie matematiche* è ancora lo stesso potere che sviluppa tutte le concepibili relazioni astratte di *quantità* e *grandezza*; e infine nelle *categorie dinamiche* è sempre lo stesso potere che presiede all'ideazione dei modelli della *causalità*, della *finalità*, della *necessità*, della *probabilità* ecc., di tutte le altre relazioni funzionali insomma, escogitate ed escogitabili a concettualizzare, interpretare e governare le esperienze dell'accadere naturale e umano.

Questa visione unitaria di tutte le funzioni logiche e categoriche nella loro comune dipendenza dalla *categoria della relazione* e dalla *categoria* dell'*ordine*, mentre ci consente di oltrepassare gli scomparti tradizionali, entro i quali le varie funzioni rimanevano isolate in altrettante situazioni statiche e senza sbocchi; ci spiega finalmente la reciproca inerenza di tutte le massime coordinate logiche e categoriche, l'unità del potere di sintesi nella nostra capacità di concettualizzare; e ci mette in grado di comprendere come la funzione ordinante può dirigere e rifare questa inerenza in un modo voluto.

Essa invero non opera sulle singole formazioni logiche e categoriche *ab extra*, perchè è già un momento costitutivo di tutte. Ma in virtù della propria più ampia funzionalità, che si estende a tutte le *costanti* del pensiero logico e categorico, è in

grado di agire sul loro insieme con un potere che nessuna di esse possiede, e di compiervi così sintesi nuove.

19. A questo genere di sintesi appartengono appunto le *costanti giuridiche*, le quali perciò non sono solamente *sintesi relazionali*, non sono solamente *relazioni ordinate*, ma a di più *sintesi nuove* che dispongono con un loro potere addizionale sulla reciproca inerenza e funzionalità dei vari complessi logici e categorici (concetti di classi e di rapporti) compresi nella norma.

Sintesi ordinante, scelta volontaria, potere normativo sono tre aspetti del medesimo processo mentale onde il diritto sorge. Perciò noi possiamo dalle analisi fin qui condotte trarre già una seconda definizione del diritto, che rappresenta, se non c'inganniamo, una maggiore approssimazione nello studio del complesso fenomeno: « il diritto è una funzione logico-categorica ordinante, con la quale sono concepiti *schemi d'ordine* scelti a dare una *costanza voluta* a un determinato complesso di rapporti umani ».

Chiamiamo *schema d'ordine* qualsiasi norma giuridica, es. « la capacità giuridica si acquista dal momento della nascita », « la promessa di matrimonio non obbliga a contrarlo » ecc.; *tipo d'ordine* l'insieme delle norme che compongono un istituto giuridico, es. l'istituto della capacità giuridica, del matrimonio, della proprietà, del possesso, ecc.; *sistema d'ordine* l'insieme degl'istituti omogenei che

compongono la disciplina giuridica d'un'intera regione di rapporti umani, es. il *sistema civile*, il *sistema penale*, il *sistema processuale*, il *sistema fiscale*, ecc. Il sistema dei sistemi ordinati fra loro è infine la *legislazione*.

La distinzione tra *comando* e *istituto* tende a scomparire, specie da quando insigni studiosi hanno voluto ravvisare nell'*istituto* la prima cellula dell'organismo del diritto: in Italia Santi Romano per considerazioni strettamente giuridiche; Giuseppe Mazzarella per considerazioni sociologiche; in Francia il Duguit, l'Hauriou, il Renard, il Gurvitch, i quali con diversa argomentazione hanno pure fatto dell'*institution* l'origine e non il prodotto delle norme giuridiche; e così via.

Noi pensiamo che sia opportuno mantenere la distinzione dei due termini, anzitutto per ragioni storiche; poichè regolarmente sorsero prima i comandi isolati e soltanto in una fase molto avanzata si vennero componendo organicamente gl'istituti giuridici. Inoltre, la creazione degl'istituti giuridici non ha soppresso la possibilità che sorgano comandi singoli occasionali o soltanto circoscritti a un dato rapporto; comandi che se non sono proprio una specie di massi erratici, giacchè nel fondo fondo una unità nel diritto si trova sempre, non sono tuttavia sviluppati o incorporati in un dato istituto.

La questione, se la norma o l'istituto siano rispettivamente il prius e il posterius, tolta dalla sede storica e trasportata nel piano razionale dei

principi, non ha per noi significato. Uno schema o un tipo d'ordine nasce da un atto di sintesi, che può venire poi sviluppato con un procedimento analitico-combinatorio, ma contiene già in sè tutte le proprietà essenziali.

Ricorre anche qui un'analogia con la matematica. Tutte le proprietà d'un ente qualsiasi, un triangolo, una sfera, l'unità immaginaria..., sono con determinate nell'atto di sintesi costruttiva, che ha dato luogo all'ideazione dell'ente. Teoremi, problemi, corollari, scolii, nulla aggiungono a tali proprietà, ma solo le mettono in speciale evidenza. Analogamente un istituto giuridico contiene in sè già virtualmente tutte le proprietà che saranno oggetto di norme particolari, le quali tuttavia sono inscindibili dall'idea dell'istituto, al modo stesso che l'istituto è inconcepibile senza di esse. Se mediante una norma particolare viene aggiunto all'istituto una norma che non vi era necessariamente contenuta, questo dipende da una sintesi nuova. Così ad es.: che la maggiore età sia fissata al compimento del ventunesimo anno (art. 2 cod. civ.), è una norma istituzionale della capacità giuridica, e sotto una forma o l'altra non poteva mancarvi; ma che il minore che abbia compiuto gli anni diciotto possa prestare il proprio lavoro, stipulare i relativi contratti ed esercitare i diritti e le azioni che ne dipendono (art. 3), è una norma addizionale, che origina da esigenze d'altro ordine.

20. L'*universalità* propria di tutti i comandi giu-

ridici costituisce la loro premessa; è la condizione *necessaria*, ma *non sufficiente delle costanti giuridiche.* Il fatto nuovo di queste costanti non è nella possibilità di concepire i rapporti umani sub specie universitatis, ma è la ricostituzione di tali fatti e rapporti secondo uno schema voluto. Anche quando la costante giuridica si applica a un rapporto naturale indeformabile, il coniugio, la paternità, il possesso ecc., la costante giuridica, coll'immettere quel rapporto in uno schema giuridicamente ordinato, lo fa per dir così rinascere, lo ricostituisce alla stregua d'una definizione e con tutto il corteo delle proprietà e conseguenze che solo il diritto è arbitro di stabilire.

Nell'ordine giuridico tutti i fatti e rapporti umani, sol che vi siano assunti, ricevono il crisma del diritto, subiscono adunque una palingenesi giuridica, con la quale ha inizio una nuova esistenza dei fatti e rapporti medesimi entro un nuovo circolo vitale: si pensi all'acquisto o alla perdita della cittadinanza, all'unione matrimoniale, alla successione ereditaria, all'interdizione dai pubblici uffici, ecc. ecc. Tra l'accadere naturale e l'accadere giuridico l'ordine proprio del diritto s'inserisce come un *principio nuovo*, dal quale hanno origine tutti e soltanto i rapporti voluti dall'ordine stesso.

Col distacco tra fatto naturale umano e fatto giuridico, il diritto attua un *grado di libertà* suo proprio rispetto alla dipendenza dalla condizionalità naturale e dalla causalità obbiettiva.

Noi abbiamo altrove (1) esaminato questa situazione di dipendenza e descritto i vari *gradi di libertà* corrispondenti ad altrettante affermazioni della potenza umana sul determinismo delle cause fisiche, organiche, ambientali, storiche. Tali gradi, che rappresentano le conquiste di più in più elevate e complesse sulle dipendenze obbiettive, mediante le funzioni d'una spiritualità sempre meno condizionata dall'esterno, ci apparvero anche ordinati in una scala ontologica dei valori umani, nella quale ciascun grado più alto comprende, rafferma e supera i gradi che lo precedono.

Al primo posto va collocata necessariamente l'*economia del beni*, per la sua massima dipendenza da condizioni naturali; essa nondimeno attua un primo *grado di libertà umana* col rovesciamento tecnico della soggezione in un rapporto di comando. Il *secondo grado di libertà* è appunto quello raggiunto dal *diritto*, sì perchè esso conferma le conquiste dell'economia garantendole in schemi d'ordine giuridico; e sì perchè da esso tutti i rapporti umani, necessari ed elettivi, e non soltanto quelli economici, ripetono *certezza* e stabilità. Seguono in una scala di ulteriori superamenti della condizionalità obbiettiva mediante funzioni di maggior potenza, le quali da un lato rafforzano i valori conquistati, e dall'altro attingono gradi di libertà di più in più materialmente incondizionati: la *politica*, la *morale*, la *poesia* e la *religione*. La *politica* consolida le con-

(1) *Nuovi principi*; *Verità dimostrate*. V. anche *L'economia dei beni e l'economia della vita* nel vol. II: *Idee e concetti*.

quiste dell'*economia* e del *diritto* nelle più ampie funzioni della *volontà di potenza* di tutto un popolo; la *morale* va oltre tutte le conquiste dei gradi anteriori, inserendole in un ordine ancora più universale dei valori della vita; la *poesia* è cultura ancora più obiettivamente incondizionata di tali valori; la *religione* è l'assunzione dell'intera realtà umana in una relazione in cui è superata tutta la condizionalità naturale e diventa massima la potenza realizzatrice d'una realtà spirituale tutta e specificamente umana e divina.

Ora, dopo quanto abbiamo detto della funzione della categoria dell'ordine nelle formazioni del diritto, noi siamo in grado di spiegarci meglio quale *grado di libertà* il diritto raggiunga nella causazione degli atti e fatti umani, mediante quel momento della *scelta volontaria*, che abbiamo ravvisato insito in ogni comando o schema d'ordine giuridico. Schemi, tipi, sistemi d'ordine nella sfera del diritto sono prodotti d'una superiore funzione ordinante, che svincola i rapporti umani dal semplice determinismo naturale e vi sostituisce modelli di rapporti concepiti da una volontà costruttrice d'una realtà essenzialmente, tipicamente umana.

E così pure ci è divenuto a un tratto chiaro, com'è che i primi gradi di libertà attinti dall'*economia* e dal *diritto* si consolidino ed estendano nel superiore grado di libertà conquistato dall'*ordine politico;* e come avviene che questo, in una coi gradi precedenti, si rafforzi in un più universale *ordine morale;* e infine come tutti i valori umani,

economici, giuridici, politici, morali, possano trarre alimento e incremento da più libere funzioni della spiritualità costruttrice: nella *poesia* colla cultura dei valori della vita in un ordine umano ancora più universale; e nella *religione* col superamento di tutta la condizionalità empirica e col massimo potenziamento del mondo umano in una relazione positiva con l'Assoluto trascendente.

Non bisogna comunque pensare che questi gradi di libertà attinti al di sopra delle dipendenze naturali si conquistino senza lotte, e che in particolar modo la sovrapposizione degli schemi del diritto alla vita nella naturale spontaneità di questa sia sempre pacifica. Essa richiede il conformarvisi delle volontà. E se il diritto è una scelta, ogni scelta implica rinuncie. Infatti non di rado e specialmente quando gli schemi del diritto sono divenuti troppo angusti, troppo rigidi, vediamo risorgere nelle coscenze il miraggio d'un ritorno allo stato di natura. Le rotture violente coll'ordine costituito da parte di singoli ribelli, le secessioni di gruppi che vanno a fondare colonie libere lungi dal mondo civilizzato, le rivolte d'intere masse che riprendono i caratteri dell'orda, come negli esempi clamorosi che se ne sono avuti nel nostro tempo in Russia e in Spagna, dimostrano quanto precarie siano le conquiste dell'ordine, se non sorrette da una volontà generale conforme.

Se non che invariabilmente il diritto, dopo ogni infrazione più o meno vasta, riprende il suo prestigio e la sua funzione unica e insostituibile. Di fron-

te al caotico mutare delle volontà, dei sentimenti, delle appetizioni, dei propositi, e alla impossibilità di vivere nel rischio continuo dell'indeterminazione d'ogni nesso fra antecedente e conseguente dell'agire umano, il diritto è invocato ogni volta a restaurare con le proprie costanti sui generis la sicurezza dell'invarianza tra date premesse e date conseguenze, tra dati interessi fondamentali e comunque cospicui della vita e i modi giuridicamente certi di conseguirli. Questo l'ufficio proprio del diritto, questa la funzione specifica dell'ordine giuridico, il quale potrà essere variato, appunto nelle sue scelte costituitive, soppresso non mai.

21. Se adunque noi diciamo ora in sintesi, che il *diritto è ordine*, la proposizione può essere accolta come dimostrata. D'altronde essa non è nuova. E noi abbiamo già passato in rassegna numerose definizioni del diritto (v. Cap. I), che hanno messo in prima evidenza l'equazione del diritto con l'ordine. Altre ora potremmo, volendo, aggiungerne, ricordando per esempio che alla celebre formula di Romagnosi: « il diritto è *ordine* naturale di ragione » fece eco la definizione del suo grande discepolo Cattaneo: « il diritto è l'*ordine* nella società dei simili »; e quella del Taparelli d'Azeglio: «dall'idea di *ordine* nasce l'idea del diritto » ecc. ecc., fino ai nostri giorni. Vittorio Scialoja definiva il negozio giuridico: « una *relazione ordinata* e sancita ».

Se non che il concetto di *ordine* non è meno mi-

sterioso del concetto del *diritto*, e si poteva obbiettare ch'era quello un modo di definire « obscurum per obscurius ». Oppure si poteva essere indotti a dubitare, che la novità si riducesse a una questione di parole, se non addirittura a una tautologia.

Con le indagini da noi condotte e qui sommariamente esposte sulla categoria dell'ordine e sulla funzione ordinante del diritto, indagini che hanno approfondito il concetto di ordine oltre il suo impiego empirico, un passo decisivo è stato fatto.

Naturalmente neppure noi abbiamo potuto dire in che propriamente la sintesi ordinatrice consista. Ma questo è un limite invalicabile di tutte le analisi sulle funzioni mentali. Esse s'arrestano di qua dalla soglia, oltre la quale tutte le nostre sintesi hanno luogo. Noi possiamo cogliere i prodotti di queste sintesi, non il loro intimo modo di prodursi (v. *Nuovi Principi*, Vol. I).

22. La specificazione del concetto di « ordine » o « insieme ordinato » in senso giuridico abbisogna ancora di più precise determinazioni. In quanto sintesi che dà origine a un'« idea » giuridica, essa viene a trovarsi sullo stesso piano di tutte le sintesi produttive d'idee scientifiche, politiche, morali, religiose, poetiche. Evvi in essa un momento creativo, che agguaglia il concepimento d'uno schema giuridico a un'invenzione tecnica o a un'opera d'arte.

Ma come abbiamo anche accennato, non v'è nella formazione delle sintesi giuridiche nulla di e-

stroso e di arbitrario. La scelta volontaria d'uno schema d'ordine entro una serie più o meno ampia di alternative, oltre ad essere legata alla logica interna dei complessi concettuali compresi nella norma, è subordinata a possibilità effettive di vita, limitate dalla condizionalità immensa cui la realtà umana è sottoposta. Asserire in questa condizionalità, la più parte soverchiante, oppressiva, tutti i propri *gradi di libertà,* è, lo abbiamo visto, l'opera titanica della spiritualità costruttrice d'una realtà umana più umana al di sopra d'ogni determinismo naturale. Il diritto è un momento di questa spiritualità in lotta con tutte le dipendenze più o meno imperiose che comandano in noi e fuori di noi. In questa lotta esso deve scegliere la sua via, ma assumere anche una sua responsabilità ben determinata di fronte alle profonde ragioni della vita. Il problema è dei più complessi.

Per questa complessità giudichiamo insufficienti le qualificazioni fin qui date dell'ordine giuridico con la semplice introduzione dei concetti di « giusto », « equo », « utile »; oppure con le ancora più generiche enunciazioni che assegnano all'ordine giuridico il compito di « rendere possibile la convivenza sociale », « assicurare la coesistenza tra gli uomini », « stabilire l'insieme delle condizioni alle quali la società possa sussistere », « tutelare la conservazione della società », « mantenere la compagine sociale », ecc. ecc. Tutte cose verissime, ma imprecisissime e comunque non bastevoli nè a caratterizzare il diritto in se stesso, nè a distinguerlo

ti a quei medesimi fini: la politica, la morale, la religione.

Noi ci proponiamo nelle analisi che seguiranno di mettere in luce sino al massimo limite esplorabile le dipendenze e inerenze che condizionano le funzioni ordinanti del diritto; ma anche di definire l'originalità e specificità del diritto nel processo portentoso della spiritualità liberatrice.

23. Per ora ci contenteremo di fermare alcune considerazioni che derivano dalla natura categorica dell'*ordine giuridico*. Esse illuminano talune proprietà tipiche, già apparse fin dalla prima definizione che noi abbiamo data del diritto (Cap. I).

1°) Il carattere *superindividuale*, *impersonale* e *oggettivo* della norma giuridica è inerente alla sua natura categorica. Le categorie infatti sono modi non *soggettivi*, anzi tipici e sociali di concettualizzare. Questo carattere non soggettivo della funzione ordinante si trasmette al diritto, anche quando l'organo della dichiarazione di esso sia l'autorità personale d'un capo o la sapienza d'un giurisperito.

2°) Il carattere *universale* della norma dipende anch'esso dall'universalità propria delle funzioni logico-categoriche. Esse nascono e si svolgono tutte sotto il segno della universalità.

3°) L'*invarianza*, *indeformabilità*, *ineccettuabilità*, *assolutezza* della norma sono pur esse altrettante proprietà delle formazioni categoriche, relativamente libere nel loro farsi, inalterabili una volta

da altre funzioni egualmente ordinanti e concorrenfatte. Perciò la norma può essere accettata o violata, non modificata o accomodata ad arbitrio. Modificarla vuol dire farne un'altra.

4°) L'*autorità* del diritto è un aspetto della sua assolutezza non soltanto concettuale, ma *pratica*, che possiamo definire *pragmatistica* e *pedagogica*. Il diritto infatti ha un potere formativo e educativo delle volontà, orientandole costantemente nelle vie dell'ordine.

5°) Infine l'*autonomia* del diritto, anche quando subisca condizioni o accetti contenuti da sfere d'interesse eteronome, è il compendio di tutte le sue proprietà categoriche. Il diritto si modifica col diritto, evolve nel diritto. Nulla dal di fuori può intervenire in esso senza snaturarlo.

24. La nostra definizione del *diritto-ordine*, per avere attinto il fondo della sua struttura categorica, si applica all'intera fenomenologia giuridica, dalle manifestazioni più arcaiche alle più evolute.

E nondimeno questo momento costitutivo del diritto non è stato sempre presente alle menti, anzi nelle varie epoche è apparso di esso con più imponenza qualche altro aspetto, a volte più concreto, a volte più astratto.

Può essere anche indice della civiltà d'un'epoca, sotto quale aspetto essa ha visto il diritto.

L'antichità greco-romana era tutta preoccupata del problema della « giustizia » e più precisamente della « giustizia distributiva ». Essa sentiva in pri-

ma linea il bisogno di regole certe di attribuzione, di misura e di limiti, con cui tenere a freno gli egoismi individuali, in una società di violenti, gelosi della propria autonomia, facili a eccedere, a trascendere, a invadere il campo altrui. Come tra le virtù morali tenne un rango altissimo la « temperanza », così pure l'apice della giustizia e l'essenza stessa del diritto doveva apparire il principio: « unicuique suum tribuere ».

Il Medioevo fu dominato dall'idea della « divina maestà della legge ». Ogni legge umana fu giudicata rispettabile solo come « participatio » alla *lex aeterna* emanante da Dio nella infinita trascendenza e bontà del suo consiglio. Non poteva essere altrimenti in una società tutta compresa dell'ideale supremo della salvazione umana.

I tempi nuovi sino alla Rivoluzione francese inclusa si fermarono invece al problema della « personalità umana », dei suoi *diritti naturali*, inviolabili, inalienabili e imprescrittibili, dei suoi attributi sovrani, della sua « libertà ». Non ci voleva meno per scardinare e rovesciare le secolari sovrastrutture di autorità tutte assolute, che inceppavano le forze umane, l'iniziativa individuale e l'umano progredire. Anche il diritto pubblico fu allora concepito, per un contrario eccesso, solo come un'appendice del problema supremo dei *diritti dell'uomo*.

Oggi può essere una caratteristica di questa nostra età di crisi dell'individualismo, di rivoluzioni, di primato dei problemi concernenti la vita delle collettività, di ricerca ansiosa di nuove forme e

leggi di aggregazione sociale, che si presenti in primo piano la funzione eminente del diritto come *potere ordinante.*

Il diritto-*giustizia distributiva,* il diritto-*legge,* il diritto-*libertà,* il diritto-*ordine*: quattro concepimenti del diritto, quattro civiltà.

Capitolo IV

FORZA D'IMPERIO, COAZIONE, SANZIONE E AZIONE NEL DIRITTO

25. Il fatto nuovo, il fatto proprio e basilare del diritto è l'invenzione o scelta d'uno schema d'ordine, la creazione di tipi d'ordine o istituti giuridici. Ma il processo di formazione e la vita del diritto non si arrestano qui. Lo schema o tipo d'ordine avrebbe sì il carattere d'una *costante relazionale voluta*, non ancora quello della assoluta *certezza* del nesso istituito tra dati antecedenti e dati conseguenti della realtà umana, se questo nesso non fosse dichiarato *imperativamente obbligatorio* per le volontà soggette, e secondo i casi, occorrendo, praticamente *imposto*, *garantito* o *minacciato*. Il diritto nasce con un suo *potere* non soltanto *ordinante*, ma *cogente*. È imperativo o non è. Bene è stato detto quindi, che il diritto è *ordine armato*, *ordine protetto*.

Vogliamo ora esaminare in che propriamente consista il *potere cogente* del diritto.

26. La questione è risolta in un sol tratto da coloro che fanno della *dichiarazione e tutela del diritto* la funzione eminente dello Stato munito d'*imperium*, cioè non solo della potestà di comandare, ma dei *mezzi fisici* per costringere le volontà recalcitranti. E certo quando si definisce con Ihering lo Stato nient'altro che « l'organizzazione della coazione sociale » (*Zweck im Recht.* 1887, pp. 305-7), non si può più fare a meno di vedere anche tutto il diritto sotto l'angolo visuale della *coazione*. Thomasius aveva fondato addirittura sulla coazione la differenza dei comandi del diritto quali *comandi perfetti*, dai comandi della morale, chiamati *imperfetti* appunto perchè sprovvisti di coazione. Ma le cose stanno realmente così?

Che l'*imperium*, o capacità, competenza e autorità di comandare, sia il fondamento di tutto il pubblico potere e quindi anche della funzione che dichiara, impone e difende il diritto, si può ammettere senz'altro. Solo che bisogna ancora estendere il concetto di pubblica autorità, non limitandola allo Stato in senso proprio, ma riconoscendola anche a quella « volontà generale o collettiva », cui abbiamo già accennato con riserva di approfondirla; autorità non sempre esattamente domiciliabile in un organo riconosciuto e deputato a rappresentarla e ad esercitarla, e alla quale possiamo riportare anche la genesi dei costumi o « mores », del

diritto consuetudinario, di tutte le norme insomma di origine imprecisata, che pure vigono nell'ambito d'un aggregato sociale con un'assolutezza, con un potere cogente, con un corteo di sanzioni in tutto paragonabili alle caratteristiche dei comandi dello Stato definitivamente costituito.

Storicamente parlando, si può anche concedere, che quanto più si risale alle manifestazioni arcaiche del diritto, l'equazione *diritto = coazione* può ritenersi ampiamente verificata. Basti leggere il codice di Hammurabi o le XII Tavole.

Ma a nostro giudizio s'incorre in un triplice errore di prospettiva: 1° allorchè si considerano alla stessa stregua in tutto e per tutto fasi arretrate e fasi evolute del diritto, quasi che i progressi dell'ordine e della coscienza politica, sociale e giuridica non avessero aggiunto nulla alla realtà del diritto; 2° quando si ritiene che tutto il diritto vigente nelle società antiche sia consistito nelle sole norme processuali e penali consacrate in taluni codici, quali quello d'Hammurabi o delle XII Tavole appunto, e non si pensa al più ampio sistema giuridico, che in quelle medesime società e in quei medesimi tempi vigeva nelle forme non scritte, ma non meno essenziali, della tradizione e del costume; 3° quando s'insacca tutto quanto pertiene a un così vasto e complesso fenomeno in un solo concetto, lo *Zwang* di Ihering, l'*injonction* di Roguin, l'*obbligazione* di Kelsen e così via e si vuol poi dedurre (torna sempre l'ossessione del *dedurre*) tutto quanto da quell'unico concetto.

27. Fedeli al nostro costante principio metodologico di distinguere quanto più possibile, noi riteniamo di dovere, contro l'opinione dominante, introdurre nel diritto una distinzione tra la *forza d'imperio* da una parte, e la *coazione* dall'altra, con le sue sottospecie della *sanzione* e dell'*azione*.

Mentre non è affatto concepibile un diritto che non sia *imperativo*, non dichiarato cioè in forma di comando indiscutibile, invariabile, assoluto: « sic volo sic iubeo »; la *coazione* in tutte le sue forme dev'essere a nostro giudizio considerata come un *accessorio parziale, condizionato* ed *eventuale*: *accessorio* perchè è un secondo comando aggiunto al comando principale pei soli casi d'inosservanza o di disobbedienza; *parziale* perchè ci sono norme costitutive di situazioni giuridiche, concessive e permissive, che non vengono minimamente imposte: es. il diritto di contrarre matrimonio, di obbligarsi, di testare, di donare, ecc.; *condizionato*, perchè la coazione, anche quando è prevista, è subordinata a date condizioni che la limitano: es. nessuno può essere punito per un reato, se non l'ha commesso con coscienza e volontà; *eventuale* infine, perchè in moltissimi casi la coazione non segue automaticamente, cioè con la stessa assiomaticità del comando principale, la violazione di esso, ma è subordinata all'iniziativa di chi vi abbia interesse.

Per comprendere la *forza d'imperio* del diritto quale suo potere di comandare alle volontà indipendentemente dalla coazione esterna, bisogna non fermarsi ai singoli comandi e casi, ma considera-

re l'ordine giuridico nella sua totalità e nella sua vita globale. Si vedrà allora che la forza d'imperio è una proprietà intrinseca, colla quale il diritto si impone già da sè alle volontà non per un *quid additum*, ma per la sua intima ragion d'essere e funzione, per la sua propria volontà e capacità ordinante.

L'ordine giuridico esercita nel suo insieme una pressione generale sulle volontà soggette, con l'offrire ad esse *modelli tipici* e *unici*, esattamente definiti e indeformabili, di *azioni umane privilegiate*, coi quali, mentre non è lasciata alle volontà alcun'alternativa, se non, categoricamente, di stare con l'ordine o fuori dell'ordine, si costituisce alle volontà che vi si conformano una *situazione di vantaggio*, consistente nel partecipare in modo diretto o indiretto, attuale o virtuale, di tutte le *certezze* del diritto.

Nessuna autorità estrinseca potrebbe supplire alla mancanza di *vis imperativa* in un comando giuridico difettosamente costituito, privo cioè di quegli attributi categorici che lo rendano effettivamente *ordinante*. E nessun potere coattivo potrebbe supplire alla mancanza di consenso sociale, cioè dell'intima convinzione diffusa della *necessità* e *utilità* di optare per l'ordine e di solidalizzare con esso. Se venisse meno questo rapporto diretto tra la vis ordinante e imperativa insita nell'ordine giuridico e il consenso sociale, nessuna potenza estrinseca potrebbe surrogarvisi.

È quello che osservava Napoleone: « si la très

grande majorité voulait être criminelle et méconnaître les lois, qui est-ce qui aurait la force de l'arrêter ou de la contraindre? »

A ripensare bene quale immensa somma di rapporti umani, di fatti e di azioni si svolge quotidianamente e spontaneamente nelle vie dell'ordine, nelle forme tipiche e nei modi voluti dal diritto, e quale sparutissima minoranza rappresentino al confronto gli atti aberranti, c'è da rimanere sbalorditi. Questa semplicissima constatazione statistica dovrebbe mettere sull'avviso coloro che attribuiscono tutta questa obbedienza al timore delle sanzioni e non tengono conto del carattere privilegiato e della posizione di vantaggio, che l'ordine conferisce alle azioni conformi. A non considerare questo aspetto primario del diritto, sfugge la più profonda ragione per cui l'ordine si concilia il consenso generale delle volontà e può fondarvi sopra la propria più sicura *certezza*.

Questo consenso scaturisce adunque non da una acquiescenza meramente passiva, inculcata colla minaccia della coazione esterna, sì bene anzitutto e sopratutto dalla convinzione intima e comune della *necessità*, ma anche del *privilegio* e del *vantaggio* di *vivere nell'ordine*. Perciò, nonostante l'imperatività del diritto si appoggi in moltissimi casi (non in tutti!) a un potere coattivo estrinseco, che può al bisogno costringere all'adempimento d'un dovere, difendere le situazioni giuridiche legittimamente costituite, punire quando occorra trasgressioni o lesioni; noi possiamo pensare senza contradizione,

che l'ufficio ausiliare della *coazione* si venga riducendo via via col progredire della coscienza giuridica generale e inversamente cresca a proporzione il potere proprio, l'autorità genuina del diritto. Viceversa noi non possiamo pensare se non con una contradizione a un diritto la cui vis imperativa sia affidata unicamente alla coazione esterna. Questo significherebbe insufficienza del diritto a disciplinare la vita ed equivarrebbe ad annullare il concetto stesso di norma giuridica.

Perciò alla formula corrente, parzialmente vera, che non vede se non l'*ordine munito di coazione*, noi preferiamo una formula più universalmente vera, che riconosce l'*ordine munito di consenso sociale*.

28. L'epicentro della vita del diritto è adunque quel suo intimo potere ordinante e imperativo, cui è affidata in prima linea la *certezza* del diritto: un potere che il diritto ha se lo ha; che c'è o non c'è; e che nessun potere estraneo può sostituire là ove manchi. Queste considerazioni autorizzano a parlare d'una *idiogenesi* del potere cogente del diritto. Il resto è sussidiario, è contorno, è contingenza.

Che questo potere proprio del diritto si sia consolidato nella prassi e nelle coscienze con l'ausilio vigile e assiduo dei poteri coattivi, di cui la volontà collettiva è sempre stata provveduta; che nello sfondo di tutto l'ordine giuridico campeggi sempre il pubblico potere con un'autorità addizionale rappresentata concretamente dalla sua forza armata,

pronta a intervenire per assicurare l'osservanza d'ogni pubblico comando; che l'ordine giuridico non sia sorretto soltanto da codesta forza esecutiva, ma dalla intera organizzazione politica, sociale, morale, religiosa della vita e quindi da sanzioni d'ogni genere; tutto ciò è verissimo, ma non basta a individuare e a illuminare quell'intimo processo che costituisce il diritto con un potere cogente sui generis, quale nessuno di fuori gli può dare e per il quale il diritto comanda in proprio, offre e attua da sè le proprie certezze, non transige, nè lascia campo ad alcun'altra possibilità di vita avente pari autorità e vantaggio.

Questo non toglie che l'enorme interesse dell'intera collettività politica e sociale all'universalità del diritto, cioè alla vita nell'ordine, la convinca della necessità e opportunità di escogitare ed organizzare tutti i mezzi, anche coattivi, per afforzarne l'autorità e renderne incondizionata e ineccettuabile l'obbedienza nell'universalità dei casi. Non si deve tuttavia scambiare, nè tanto meno identificare l'accessorio col principale. Può darsi anzi che sia un indice del grado di maturità giuridica d'un popolo il quantum di accessorio che occorra aggiungere alla naturale forza d'imperio dei comandi costitutivi dell'ordine, affinchè siano comunemente osservati.

Per convincere ancora meglio di questa forza d'imperio propria del diritto faremo due riflessioni: l'una, che tale forza appartiene in solido a tutto l'ordine giuridico nel suo insieme, e solo di-

stributivamente e per partecipazione ai singoli comandi; l'altra, che il quantum di potere che ogni comando reca in sè non è suscettibile nè di aumento, nè di diminuzione. Esso deriva unicamente e si misura dalla funzione specifica che il comando deve compiere in seno all'istituto o tipo d'ordine cui appartiene.

Non bisogna qui lasciarsi ingannare, se talune disposizioni di legge possano venire in talune circostanze eccezionali, per es. in stato di guerra, singolarmente aggravate, col minacciare, puta caso, la pena di morte in luogo d'una semplice contravvenzione. Ciò vuol dire che anche i fatti, cui le disposizioni si riferiscono e che in tempo di pace comporterebbero un debole rilievo, cambiano natura e acquistano una figura e portata che in condizioni normali non avevano.

Neppure bisogna lasciarsi ingannare dal fatto che il progresso del diritto corra in certo modo parallelo con l'incremento dei poteri dello Stato e della sua forza esecutiva. È naturale che lo stesso incremento dell'idea d'*ordine*, come si manifesta nella vita dello Stato, si esprima anche nella vita del diritto. Ma per quanto possa influire sul progresso del diritto il fatto che lo Stato assume il monopolio della dichiarazione e tutela dell'ordinamento giuridico, va notato che ciò che aumenta è la *certezza ausiliaria* del diritto, ma non s'accresce minimamente il potere ordinante che ogni istituto o comando ha per virtù propria e deve avere in se stesso. Ciò si vede chiarissimo nel fatto che gl'istituti giuridici de-

finiti dal diritto romano possono essere riprodotti inalterati coll'identico potere ordinante in seno alle legislazioni moderne, mentre nel frattempo i poteri e le funzioni dello Stato si sono immensamente accresciuti.

29. Chiamiamo dunque *forza d'imperio* del diritto quel potere disciplinare insito negl'istituti e comandi giuridici, i quali possiedono nella tipicità, singolarità ed efficacia ordinante dei loro schemi la propria ragion sufficiente e solo in linea sussidiaria ed eventuale possono richiedere praticamente un supplemento di forza cogente estrinseca. Quella forza originaria d'imperio compete anzitutto all'intero ordine giuridico, ma si enuncia nel modo più genuino nelle *norme istituzionali*, costitutive, permissive e concessive, che creano situazioni giuridiche e conferiscono diritti. Esse formano il vero *corpus iuris*, il più prezioso *patrimonio di certezze* d'un popolo.

Chiamiamo *coazione* l'insieme dei mezzi costrittivi che il pubblico potere impiega per assicurare al bisogno l'osservanza dei comandi e divieti del diritto positivo. Essa può venire esercitata direttamente, per es. coi *mezzi di polizia* e facendo uso della *forza pubblica;* o prende la via dell'*azione*, che consiste nel potere di promuovere l'intervento dell'autorità giurisdizionale per ottenere determinati accertamenti di responsabilità o più semplicemente il riconoscimento di date situazioni giuridiche con le relative conseguenze di diritto e di

fatto, ovvero ancora l'attuazione d'un procedimento esecutivo in forza d'un titolo ineccepibile.

La *coazione* infine, comunque esercitata, o si limita a ottenere il conformarsi d'un comportamento o d'uno stato di fatto col diritto vigente, o vi aggiunge una *sanzione*, cioè una statuizione punitiva per l'inadempimento o l'inosservanza di dati comandi e divieti o per la responsabilità di atti ed eventi positivamente dannosi.

La *coazione*, sia diretta, sia nelle forme specifiche dell'*azione* e della *sanzione*, si combina variamente coi comandi principali secondo la loro natura e portata. Mentre la *coazione diretta* assiste più frequentemente i comandi che interessano la collettività politica e non ammettono remora (es. nell'imporre le prestazioni militari); nella grandissima maggioranza dei casi essa si svolge mediante l'*azione*, sì nel rito formale e sì in date circostanze (es. nei casi di flagranza) o secondo la natura dei fatti (es. le contravvenzioni o le esecuzioni fiscali) con procedimenti sommari.

Ad ogni modo il maggior campo che le legislazioni più progredite assegnano agli accertamenti *giurisdizionali* cogl'interventi della magistratura ordinaria o delle magistrature speciali o di date autorità amministrative, ha innalzato il concetto di *azione* al disopra di ogni altro mezzo coattivo. La *coazione diretta* non solo ha un impiego sempre più ristretto e condizionato, ma è poi chiamata a intervenire nella esecuzione coattiva dei giudicati, sicchè viene ad assumere a sua volta un ufficio dipen-

dente rispetto all'*azione*. Inoltre l'azione può subsumere sotto di sè la *sanzione* anche nel campo civile, come si vede per es. nelle azioni di risarcimento.

Ciò spiega che da molti giuristi l'*azione* è considerata addirittura come l'asse del diritto, anzi sinonimo di esso, secondo la fortunata definizione di Ihering: « il diritto è un interesse munito di *azione* ». La quale formula, per essere esatta, dovrebbe uscire dalla ristretta sfera del diritto privato e quindi: 1°) considerare non solo l'interesse legittimo del singolo, ma anche quello generale della collettività politica e sociale; 2°) tener presente che l'*azione* o potere di promuovere l'intervento dell'autorità giurisdizionale non è solo conferita al privato, ma anzi spetta in primo luogo al rappresentante del pubblico potere (Ministro della giustizia, Pubblico Ministero, autorità di Pubblica sicurezza ecc.), quante volte l'interesse generale sia in questione, per fatti che si svolgano non solo nella sfera del diritto pubblico, ma anche nella sfera del diritto privato per la loro gravità (es. delitti) o natura (es. la tutela dei minori e degli incapaci); 3°) estendere il concetto di *azione*, facendovi rientrare oltre quella civile anche la penale, e oltre l'azione punitiva, tutta la difesa sociale che l'autorità esplica colle *misure di sicurezza* e con tutti gl'interventi diretti della pubblica autorità. La formula andrebbe perciò modificata così: « il diritto è un interesse generale o particolare *munito di azione pubblica* o *privata*, la quale comprende il potere di promuovere tanto l'intervento dell'autorità giurisdizio-

nale, civile o penale, quanto l'applicazione di tutti i mezzi diretti di coazione e tutela di cui dispone la pubblica autorità ».

La teoria specialmente professata da moderni processualisti, che fa nascere il diritto dall'*azione* o con l'*azione*, è di origine romanistica e può farsi risalire al Windscheid. È vero che nel processo di formazione del diritto romano, quando situazioni nuove non trovavano nell'*ius civile* la formula dell'*actio* appropriata per la loro tutela e rimanevano perciò indifese, il pretore poteva nel suo editto accordare un'*actio* nuova, che andava a comporre il nuovo *ius honorarium*. In pratica quest'actio dava esistenza giuridica a un diritto non prima riconosciuto. Ma questa era contingenza. Se nel quadro delle possibilità giuridiche romane il nuovo diritto nasceva con una nuova actio, l'actio non era conferita a caso, ma in funzione di un diritto che il pretore ametteva a farsi valere in quanto diritto, e come tale dichiarava meritevole di protezione legale.

Non dunque l'azione dava vita al diritto, ma il diritto, in quanto riconosciuto, sollecitava la funzione protettiva dell'azione. Questo rapporto è razionalmente insovvertibile ed è fondamentale per tutta l'evoluzione del diritto.

La dipendenza funzionale di tutti i mezzi costrittivi, *coazione*, *azione*, *sanzione*, dall'idea dell'ordine cui servono, apparirà in ancor maggiore evidenza, quando riesamineremo tali mezzi nel più ampio quadro della *funzione pacificatrice del diritto*.

Qui vogliamo mettere in chiaro un aspetto del diritto, che io sappia, non sufficientemente considerato, ed è quella sua *costituzione duale*, espressa o sottintensa, la quale dall'alternativa capitale che il diritto nella sua totalità propone, si estende e si viene articolando variamente nell'intreccio tra comandi principali e comandi sussidiari.

Tutto l'ordine giuridico ha già una sua *costituzione duale* implicita, nel fatto ch'esso, come abbiamo visto, presenta alle volontà un dilemma e un'opzione fondamentale: o *con l'ordine* o *fuori dell'ordine*. Tertium non datur.

Con l'ordine vuol dire con tutti i privilegi e vantaggi ch'esso assicura. Fuori dell'ordine significa andare incontro, secondo la gravità della secessione, a una serie di situazioni di svantaggio di più in più critiche. Esse vanno dalla semplice privazione dei benefici dell'ordine, come ad es. nella rinuncia alla propria cittadinanza o a svolgere la propria vita di relazione — coniugio, filiazione, ecc. — nei modi stabiliti dalla legge; agl'interventi del potere di giurisdizione promossi coll'*azione giudiziaria;* all'imposizione di dati mezzi costrittivi, *coazione diretta;* all'applicazione di dati mezzi afflittivi o *sanzioni penali,* che colpiscono ogni violazione dell'ordine e possono giungere fino alla soppressione fisica del soggetto ribelle.

Ebbene, in tutti questi casi la *costituzione duale* del diritto non viene mai meno: tant'è vero che il motore primo di tutte le situazioni giuridiche di vantaggio o di svantaggio è sempre, più ancora dell'in-

teresse, la volontà umana. Per grande che sia la forza imperativa dei mezzi costrittivi e punitivi, essi non tolgono, se mai confermano, quanto più sono minacciosi, che esiste per la volontà del singolo l'alternativa contraria ai comandi del diritto: cioè l'eventualità della rinuncia alle prerogative che l'ordine comporta, e nei casi più gravi la rivolta aperta e deliberata con tutte le sue conseguenze.

Questa dualità è particolarmente evidente nella legge penale. Il soggetto che agisce con coscienza e volontà sa benissimo quali fatti costituiscono reato e quali pene vi sono connesse. Egli si trova allora a un bivio, e come di fronte a un certo *contrattualismo legale*, che gli permette persino di bilanciare preventivamente i motivi e gli effetti della propria violazione. Tale il caso famoso di quel giornalaio di Londra, che preferì subire 350 condanne consecutive, una la settimana, per contravvenzione alla legge del riposo festivo, pur di non rinunciare ai profitti del suo commercio irregolare. Contrattualismi di questo genere possono anche riscontrarsi in circostanze più gravi e addirittura tragiche.

Il passivo di questi strani bilanci si aggrava comunque, quando vengono messi a calcolo non solo gli effetti legali immediati della violazione, ma anche quell'immancabile squalificazione giuridica e quella certa degradazione sociale, che ogni condanna trae seco; a conferma non soltanto dell'unità e integralità dell'ordine e della solidarietà generale che lo assiste, ma di quella situazione di privilegio e di vantaggio che soltanto la vita nell'ordine realizza.

Questa nostra visione della dualità costituzionale dell'ordine giuridico ci aiuterà a comprendere meglio, oltre che l'essenza del diritto, ch'è il polo positivo dell'ordine, quell'articolarsi delle situazioni di svantaggio che occupano il polo negativo e sono previste nelle diverse combinazioni che i comandi principali stabiliscono a seconda dell'entità degl'interessi in giuoco, con le conseguenze privative, costrittive e punitive della loro negazione o violazione.

Riassumendo possiamo dire brevemente, che mentre il consenso sociale generatore di azioni conformi all'ordine giuridico, per grandi che siano le medie umane considerate, è una *verità statistica* e quindi sempre *probabilistica;* il diritto nella sua funzione categorica esige una *certezza assoluta* e un *rispetto totale.* I comandi sussidiari che variamente intervengono nei comandi principali dell'ordine giuridico, sono rivolti pertanto non alla generalità delle volontà già consenzienti e solidali coll'ordine stesso, ma alla frazione composta dalle volontà eventualmente dissenzienti. Quando questa proporzione statistica dovesse alterarsi o addirittura capovolgersi, tutti i mezzi costrittivi entrerebbero in crisi.

Vogliamo ora dare un rapido sguardo alle diverse combinazioni tra i comandi principali e comandi sussidiari che compongono l'ordine giuridico.

30. Nel campo del *diritto pubblico* i comandi che organizzano e presidiano la collettività politica e sociale, sì nelle forme tradizionali delle società primitive, sì nelle norme onde un vero e proprio

Stato si costituisce, derivano tutti dall'*imperium* e sono tutti assoluti, perentori, ineccettuabili. Essi sono tutti muniti di *coazione*, e secondo i casi anche d'*azione* e di *sanzione*. Il pubblico potere non si limita a comandare e a vietare, ma detiene la facoltà e si riserva i mezzi per costringere le volontà refrattarie, accertarne le responsabilità e, al bisogno, punire gl'inadempienti.

Si pensi alle già citate *prestazioni militari*, imposte in tutti i modi agli obbligati e occorrendo con mezzi fisici e persino con condanne penali; si pensi agli *oneri fiscali*, imposti anch'essi ai gravati con procedimenti coattivi, multe e in dati casi con pene maggiori; si pensi alla sicurezza dello Stato, all'ordine pubblico, al rispetto dei culti, al buon costume, al regime monetario, a tutte le funzioni di tutela, dalla pubblica fede alla pubblica sanità e incolumità, all'istruzione obbligatoria, all'economia pubblica, ai pubblici servizi, ecc. Lo Stato procede in tutti questi casi *iubendo vel vetando*, ed esigendo rigorosamente il comportamento conforme, sino a coartare fisicamente, se occorra, le volontà e a colpire con sanzioni punitive, non pure le trasgressioni, le semplici omissioni e inosservanze.

Ma il diritto pubblico non è tutto qui. Col riconoscimento conferito dalla collettività politica e più direttamente dallo Stato, che ne è l'organizzazione completa, *societas perfecta*, nascono i *diritti pubblici soggettivi*: primo fra essi la *cittadinanza* con tutti i suoi doveri, ma anche coi suoi diritti, l'elettorato e l'eleggibilità, la facoltà di concorrere alle

pubbliche cariche e ai pubblici uffici, ai gradi, alle dignità, agli onori e via dicendo.

Tutti questi diritti *costitutivi* e *concessivi* non sono accompagnati nè da *coazione*, nè da *sanzioni*. Sono anzi *protetti* da ogni atto o fatto illecito e lesivo e perciò muniti eventualmente di *azione*.

Dello stesso ordine sono i *diritti soggettivi* che possiamo chiamare privati per distinguerli, secondo la terminologia tradizionale, dai precedenti, e che sono anch'essi eminentemente costitutivi di situazioni giuridiche o istituzionali. Tutte le norme relative alle persone fisiche e giuridiche, alle associazioni e fondazioni, alla capacità giuridica, ai vincoli di parentela e di affinità, al matrimonio, alla filiazione, all'adozione, al patrimonio familiare, alla successione, ai negozi giuridici, e così via sono essenzialmente istituzionali, in quanto definiscono dati rapporti giuridici e stabiliscono il modo di porli in essere, gli obblighi e i diritti che comportano, il modo in cui si sciolgono o estinguono.

In astratto il diritto stabilisce i modelli, gli schemi e i tipi d'ordine. In concreto sono le volontà che costituiscono le situazioni giuridiche conformi, sicchè tutti i comandi attinenti, sono *assoluti* riguardo all'ordine giuridico e *condizionali*, riguardo ai soggetti: « si quis... », « quando... », « chiunque... » e simili.

Ciò riconosciuto diventano artificiose le discussioni se, per es., il matrimonio sia un *contratto*, o una *società*, o un *istituto di diritto pubblico;* esso è tutte queste cose insieme, secondo il modo di con-

siderarlo. Lo stesso si dica di qualunque altro schema o tipo d'ordine.

Visti i rapporti giuridici sotto l'angolo visuale delle volontà singole, una volta riconosciuto il diritto del costituente, la funzione supplementare del pubblico potere è essenzialmente di *tutela* di tutte le situazioni legittimamente costituite. Questa tutela si è venuta difatti sempre più accentrando nello Stato, che ha oramai monopolizzato le due massime funzioni con cui la pubblica tutela si esplica: il *diritto processuale civile* e il *diritto penale*.

Domina in entrambi i campi l'istituto dell'*azione*, che da mezzo privato di difesa, si è sviluppato in un istituto di diritto pubblico, per cui riteniamo oziose, ci perdonino gl'illustri processualisti, anche le discussioni che si sono fatte intorno all'*azione*, se si tratti d'un diritto *astratto* o *concreto*, di un diritto a sè stante o d'un negozio, d'un diritto *privato* o *pubblico*, d'un diritto *verso* lo Stato, *di fronte* allo Stato, o *contro* lo Stato... La definizione che noi abbiamo data dell'*azione* come « potestà di promuovere l'intervento dell'autorità giurisdizionale per ottenere determinati accertamenti di responsabilità o più semplicemente il riconoscimento di date situazioni giuridiche con le relative conseguenze di diritto e di fatto, ovvero ancora l'attuazione d'un procedimento esecutivo in forza d'un titolo ineccepibile » ci sembra la più esatta e completa. Essa comprende tanto l'*azione pubblica*, cioè a iniziativa d'un pubblico ufficiale nei casi in cui lo Stato stesso sia il titolare del diritto o un'interesse gene-

rale sia in questione; quanto l'*azione privata*, cioè a iniziativa del titolare d'un diritto privato, che invochi l'autorità giurisdizionale a tutela civile o penale del diritto disconosciuto o leso; e comprende inoltre non solo le *azioni* coercitive, repressive o punitive per un dovere inadempiuto o per un diritto offeso; ma anche le *azioni* di accertamento e simili promosse unicamente per la cognizione giurisdizionale di date situazioni giuridiche.

Limitandoci all'evoluzione dell'*azione diretta* da privato a privato, ed alla graduale assunzione di essa da parte della pubblica autorità, esemplare è stato nel campo civile l'intero sviluppo del *processo romano* dall'età repubblicana ai primi secoli dell'Impero. Dalla procedura delle *legis actiones*, quando il magistrato si limitava a costituire il giudizio ed a nominare il giudice privato, ma non più interveniva nè nella sentenza, nè nella esecuzione di essa, che era affidata al privato stesso, autorizzato alla *manus iniectio*, alla *pignoris capio*, ecc. si giunse per gradi alla procedura straordinaria del diritto classico e postclassico, che sostituì interamente il pubblico magistrato al giudice privato, conferì carattere ufficiale alla sentenza e prese sotto la propria cura diretta l'esecuzione di essa.

Meno rapida è stata la sostituzione dell'autorità dello Stato alla reazione privata nelle lesioni penali. Non che la reazione privata avesse quei caratteri di violenza illimitata che le si sogliono attribuire con una illazione sommaria. Anche nelle società primitive la reazione privata era — ed è an-

cora — vincolata a una certa misura assegnatale dal costume. Ma graduale è stata la sostituzione della reazione pubblica contro i delitti, prima, come intuì felicemente il Vico, cogl'*imitamenta violentiae*, poi colla misura imposta nella legge del taglione, dal Levitico alle XII Tavole, al diritto musulmano, ecc.; infine con una completa *definizione chiusa* dei delitti e graduazione delle pene, ma sopratutto con l'individuazione della responsabilità e del castigo.

In tutti i modi il diritto processuale e il diritto penale vigente segnano un enorme progresso su tutte le fasi di evoluzione oltrepassate.

Fondamentale rimane in essa l'*azione pubblica* e non solo nelle cause più gravi che toccano lo Stato, e in tutta l'immensa materia delle contravvenzioni, ma nella repressione dei reati che ledono oltre l'individuo un interesse generale.

In questo campo evidentissimo è infatti il progresso raggiunto, non pure nella definizione delle condizioni di responsabilità e d'imputabilità, nell'avere esteso l'*azione pubblica*, oltre tutti i casi in cui è in causa direttamente lo Stato, in innumerevoli casi di portata privata, ma d'interesse generale; ad es. i delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe; viceversa nell'avere ristretto l'*azione privata* dovunque era sufficiente, limitandola e separandola dall'azione pubblica. Così nei delitti contro il matrimonio, che furono un tempo di ragione pubblica; mentre in certi altri casi il procedimento penale ha bensì luogo a istanza della persona of-

fesa, come nei delitti contro la libertà sessuale, ma la querela una volta proposta è irrevocabile, salvo il caso di susseguito matrimonio.

Un grande progresso ha pure realizzato la legislazione penale italiana attuando, per merito di eminenti penalisti come Arturo Rocco, V. Manzini, Giovanni Novelli, S. Longhi, A. De Marsico ed altri, l'istituto delle *misure di sicurezza,* sia in aggiunta alla condanna penale, sia in casi di mancata condanna, quante volte sia stata accertata la *pericolosità sociale* di un dato soggetto. Queste misure di difesa e di prevenzione con l'aggiunta di tutti i provvedimenti che riguardano la delinquenza minorile, la delinquenza abituale o professionale o per tendenza, l'assistenza carceraria, la rieducazione del condannato, il patronato dei liberati, ecc., costituiscono un vero rivolgimento nella concezione arcaica del diritto di punire e costituiscono per l'Italia una ragione di primato, documentata dalle più confortanti statistiche specialmente intorno alla recidività. L'educazione fascista, che giunge con l'istituzione della G.I.L. alle più piccole unità, e il complesso delle opere di assistenza sociale, dalla maternità e infanzia al dopolavoro, ecc. faranno il resto. Tutte le statistiche della delinquenza segnano già in Italia diminuzione.

Anche nel campo civile — non più nettamente separato dal diritto pubblico — sono stati stabiliti molti casi di *azione pubblica* o interventi di autorità per la tutela di situazioni giuridiche private insufficientemente protette, per es. nei riguardi di minori,

degl'incapaci, dei prodighi, degl'infermi di mente, dei fanciulli abbandonati, e così via.

E inoltre il raggio d'impiego dell'*azione civile* privata è stato considerevolmente allargato. L'*azione* è in genere una facoltà d'invocare l'intervento del pubblico potere per ottenere la tutela d'un diritto minacciato o leso. Essa sta a guardia d'ogni situazione giuridica legittimamente costituita, d'ogni rapporto giuridico creato nei modi di legge. Ma oltre i *diritti soggettivi*, che sono patrimonio intangibile d'ogni soggetto di diritto e i *diritti facoltativi* che ne derivano, tutti protetti da ogni atto e fatto illecito, sia disconoscimento o lesione, c'è un complesso di *diritti potestativi*, muniti anch'essi di azione, rispetto ai quali la lesione non che esistente non è neppure concepibile. Essi sono infatti diritti *unilaterali*, coi quali si possono *costituire*, *modificare* o *estinguere* date situazioni giuridiche. Diritti potestativi *costitutivi* sono per es. le azioni di accertamento di stato, l'occupazione della res nullius, l'acquisto della proprietà di cose smarrite, il diritto di accettare un'eredità, di avvalersi di un'opzione contrattuale, e via dicendo; *modificativi*, per es. il potere di scelta nelle obbligazioni alternative, la costituzione in mora del debitore o del creditore, la chiusura d'un fondo coll'apposizione dei termini, ecc.; *estintivi*, per es. la reluizione d'un canone, la divisione della cosa comune (es. di un'eredità), lo scioglimento di una società, l'esercizio del diritto di riscatto o di prelazione, il potere di liberazione del debitore mediante offerta reale e depo-

sito, ecc. ecc. In tutti questi casi, quando si chiede l'intervento del potere giurisdizionale, l'azione consiste non in un petitum per lesione, ma per l'accertamento, la definizione e la costituzione o lo scioglimento di date situazioni giuridiche (G. Messina).

31. L'ordine giuridico svolge la sottile e fitta trama dei suoi schemi entro un'alternativa continuata: o la *conformità* e tutta una somma di *effetti utili*, o la *difformità* e ben determinati *effetti nocivi*.

Il diritto positivo ha progredito in entrambe le direzioni, e cioè tanto nel *sistema istituzionale*, che ha dato sviluppo ai momenti costruttivi e vantaggiosi dell'ordine; quanto nel *sistema processuale* e *punitivo*, che ha perfezionato la casistica e i mezzi per ottenere la restaurazione d'un diritto offeso o l'accertamento e il regolamento ineccettuabile di date situazioni giuridiche.

Nel parallelismo tra i due progressi si annuncia un indubbio progresso generale dell'*idea dell'ordine giuridico*. Ma sarebbe una veduta pessimistica far dipendere il *progresso istituzionale* dal perfezionamento dei *mezzi costrittivi*, *correttivi* e *punitivi*.

La forza d'imperio del diritto può, deve accrescersi anche soltanto col perfezionamento degl'istituti, coll'elevarsi della coscienza politica, giuridica ed etica, coll'assestarsi della convinzione universale della necessità dell'ordine giuridico e dei privilegi e vantaggi ch'esso soltanto può garantire.

Chi voglia bilanciare serenamente la potenza po-

sitiva ch'è nell'edificazione giuridica della realtà umana, col sussidio che a questa edificazione arrecano i mezzi negativi della coazione in tutte le sue forme, deve riconoscere che la prima supera di gran lunga ogni effetto che si possa sperare da un'azione coercitiva e repressiva.

Per questa ragione noi continueremo ad approfondire il processo istituzionale e costitutivo dell'ordine giuridico; e lo faremo studiando: 1° la logica del diritto alla stregua della dialettica dell'ordine e 2° la più profonda relazione del diritto coll'economia della vita e col mondo dei valori umani. Da questa indagine balzerà ancor più luminosa la vera potenza primordiale ed eterna del diritto nella edificazione e liberazione delle forze umane.

Capitolo V

LA DIALETTICA DELL'ORDINE E LA LOGICA DEL DIRITTO

32. Dalle *norme giuridiche* all'*istituto*, dagli istituti al *sistema* è una progressiva integrazione di schemi d'ordine che compongono un « insieme vincolato ». L'ordine giuridico è ben più che una somma di precetti, è un contesto di modelli dell'agire legati da un'intima coerenza, benchè non sempre esplicitamente addimostrata. Questa coerenza, per la quale è possibile osservare una connessione anche in istituti giuridici apparentemente remoti tra loro, risulta dalle *scelte*, che, come abbiamo visto, presiedono al concepimento d'uno schema o tipo d'ordine; le quali in sostanza, per non essere arbitrarie, debbono obbedire a una medesima legge di variazione. Con altre parole, le profonde ragioni che valgono per una, valgono, se altri fattori non intervengono, per tutte; i medesimi interessi che dettano un certo comando, se altri fattori non in-

tervengono, tornano a dettare gli altri comandi. Si noti infatti che nessuna norma giuridica si pone mai da sola. L'una chiama l'altra e tutte nel loro comune « verso » si coimplicano e rafforzano mutuamente.

In taluni casi i nessi sono evidenti, specie quando più istituti formano gruppo. Così ad esempio gl'istituti della proprietà, del possesso, dell'uso, della locazione, delle servitù, della prescrizione, della successione, della donazione, della compra-vendita e così via, sono sì strettamente collegati fra loro, che una pur lievissima modificazione in uno qualsiasi si risente in tutti gli altri.

Ma anche fra istituti appartenenti a regioni del diritto nella comune opinione separate, evvi intima correlazione. Fra i diritti personali e i diritti reali, per es. fra l'istituto della famiglia, dell'autorità maritale e della patria potestà, da una parte, e quello della proprietà privata dall'altra esistono nessi non apparenti, eppure strettissimi. Nella Russia comunista sono ribaltati insieme. La Costituzione di Stalin del 5 dicembre 1936 tenta ora di ricostituire i distrutti nuclei familiari *indirettamente*, attraverso il ripristino della *proprietà privata* (es. la tutela dei risparmi), della *proprietà domestica* (la casa, il fondo, ecc.) e del *diritto successorio*.

Nella coscienza e nella legislazione di molti popoli e in certe sfere sociali arretrate di popoli più progrediti l'adulterio della moglie e il furto stanno sullo stesso piano. Persino nel codice penale francese

è tanto lecito uccidere la moglie e il complice colti in flagrante nella casa coniugale (art. 324 codice penale), quanto il ladro sorpreso a rubare nel fondo altrui.

Così pure è difficile farsi un'idea dell'impronta profonda che il patriarcato ha impresso, a non parlare del diritto pubblico, negl'istituti fondamentali di diritto civile. Essa è specialmente manifesta nel *privilegio maschile* dominante in seno alla famiglia coll'autorità maritale e colla patria potestà nella scelta del domicilio e della residenza, nell'amministrazione dei beni ecc.; e influisce anche nel campo penale, dove per es. l'adulterio è reato soltanto se commesso dalla moglie, mentre il marito risponde semplicemente del reato di concubinato (art. 559 e 560 cod. pen.).

33. Quali che siano i princìpi concretamente determinanti di una legislazione, interessante è notare come in tutti gli ordinamenti giuridici più progrediti è stato presente « il senso del sistema ». Esso è stato anche rispettato e attuato positivamente in due modi: coll'integrare fra loro tutte le fonti del diritto, le leggi, i costumi, la giurisprudenza, la dottrina, senza eccettuarne alcuna; e col prevedere i modi di colmare le eventuali lacune residue.

Il primo concetto è espresso solennemente nelle *Istituzioni giustinianee*, che per altro riassumevano in ciò il pensiero di tutti i giureconsulti romani: « constat autem ius nostrum aut ex scripto aut ex non scripto ut apud Graecos... Scriptum ius est

lex, plebiscita, senatus consulta, principum placita, magistratorum edicta, responsa prudentium... Ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit, nam *diuturni mores*, consensu utentium comprobati, leges imitantur » (Inst. I, 2, 3ss.).

Il secondo concetto fu parimenti espresso da Giustiniano nell'atto che promulgava il Digesto, là dove, riproducendo anche in questo il pensiero costante dei giuristi e d'imperatori, riconosceva la necessaria insufficienza delle leggi di fronte al perpetuo fluire delle cose umane e nondimeno affermava che in qualunque caso l'ordine giuridico non dovesse tacere mai, bensì trovare in se stesso i criteri « ut possit omnia quae noviter contingunt et emendare, et componere et modibus et regulis competentibus tradere ».

Adriano aveva raccomandato specialmente il criterio dei princìpi generali e dell'analogia: « ut si quid in edicto positum non invenitur, hoc ad eius *regulas*, eiusque coniecturas et *imitationes* possit nova instruere auctoritas ». E Severo nei casi dubbi aveva raccomandato di basarsi sulla consuetudine e sull'analogia: « in ambiguitatibus... consuetudinem aut rerum similiter iudicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere ».

Sono questi gli antecedenti storici dell'art. 3 delle *Disposizioni preliminari* del nostro Codice civili del 1865, che in mancanza di una precisa norma di legge richiamava il modo in cui sono regolati casi simili o materie analoghe e rinviava per ultimo ai *principi generali di diritto*; articolo mante-

nutò nel codice Solmi del 1938 con la opportuna precisazione del rinvio finale ai *princìpi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*. Vi manca la consuetudine, perchè il nostro codice, seguendo l'esempio di quello napoleonico, la escluse come fonte generale di diritto, ma, contrariamente al codice francese che la bandì del tutto e vietò persino di costituirne di nuove, la lasciò sopravvivere specialmente nei contratti e più ampiamente in materia commerciale. Nel codice federale svizzero il giudice, esaurite tutte le ricerche analogiche, è chiamato a decidere ispirandosi al criterio ch'egli adotterebbe se fosse il legislatore.

Analogo « senso del sistema » si ritrova in legislazioni orientali cresciute sotto climi storici diversi. « Il re desideroso di amministrare giustizia — così nella *Legge di Manù* (VIII, 3) — decide dalle *consuetudini* del paese e da *codici delle leggi* ». E nel diritto musulmano non solo è equiparata alla legge la consuetudine che abbia durata non più breve di tre generazioni, ma acquista forza di legge l'*ig'mà* o accordo dei giuristi musulmani su una data questione; qualche cosa di più energico dell'affermazione di Gaio circa i *responsa prudentium*, di Pomponio sulla *prudentium interpretatio*, di Papiniano sull'*auctoritas prudentium* ecc., perchè i giuristi romani in fondo si limitavano a esprimere opinioni che non vincolavano, almeno fino ad Adriano, nessuno e sopravvivevano soltanto per la loro giustezza.

34. Il « senso del sistema », che considera tutte le fonti del diritto positivo come parti armoniche o armonizzabili d'un tutto, ha indotto a postulare l'esistenza d'una *logica del diritto*, la quale avrebbe un duplice campo d'impiego: logica nella *formazione* delle norme di diritto, logica nella loro *applicazione*.

Questa logica escluderebbe anzitutto che le norme si contradicano fra loro; ma farebbe di più, presiederebbe alle intime corrispondenze positive fra norma e norma, fra istituto e istituto. Evidente sarebbe poi la funzione della logica nelle applicazioni delle leggi, dove si procederebbe in via deduttiva: la norma sarebbe la premessa maggiore, il caso in fonte la minore e l'applicazione la conseguenza. Esempio: la libera capacità legale si acquista al compimento di anni ventuno. Tizio ha compiuto gli anni ventuno. Dunque Tizio ha acquistato la libera capacità legale.

Grosso modo si potrebbe essere d'accordo, se sotto il termine logica non s'intendesse soltanto la *logica induttiva* e *deduttiva*, produttrice e amministratrice di concetti generali di classi. Non che i concetti generali non siano necessari alla formazione delle norme ed alla loro applicazione. Abbiamo visto ch'essi forniscono la materia prima dei comandi. Ma ci sono, oltre ai concetti di classi, *concetti di rapporti*, e mentre i primi si formano per *induzione* e *deduzione* sotto il controllo dell'*identità*, i secondi sono un prodotto di *sintesi funzionali ordinanti*, che non hanno nulla a che fa-

re con l'induzione e con la deduzione, ma si debbono all'intervento di altri gruppi di categorie — più precisamente alla categoria dell'ordine e alle categorie quantitative e dinamiche —. L'abbiamo detto e non ci ripeteremo. Ma questa è la ragione per cui neppure il collegamento tra norma e norma può attribuirsi alla logica induttiva e deduttiva; e la penosa ricerca che molti giuristi, nell'enunciare un loro concetto giuridico, fanno del *genus proximum* e della *differentia specifica*, coll'illusione di toccare la terraferma, quando siano riusciti a subordinare un concetto a un altro più generale, è tutto un equivoco, che deve cessare.

Esso origina dalla confusione tra *concetto generale di classe* e concetto di *relazione funzionale ordinata*. Quando un concetto giuridico viene subsunto in un altro, non ha luogo nè un'induzione nè una deduzione, ma l'inserzione di una relazione ordinante in un'altra, d'una funzione più ristretta in un'altra più ampia, d'una funzione più semplice in una più complessa; un coordinamento insomma tra una funzione fondamentale e le sue derivate parziali.

Se dunque per es. vi ha un'intimo nesso tra l'istituto della famiglia e la proprietà privata, non è che il secondo, poniamo, *si deduca* dal primo; ma è segno che esiste, deve esistere, una relazione ordinante più profonda per cui o l'uno comprende l'altro (e c'è infatti chi desume il diritto di proprietà dal diritto di famiglia e chi, inversamente, desume il diritto di famiglia dal diritto di proprie-

tà); oppure entrambi derivino da una funzione più profonda, per esempio, *l'economia della vita.*

Analogamente nell'applicazione di una norma la funzione deduttiva si arresta al riconoscimento che date persone o cose rientrino nei concetti generali tra cui la norma ha stabilito quella data relazione ordinante. Avvenuto il semplice riconoscimento, la conseguenza consiste nel fatto che diventa operativa appunto la funzione relazionale prevista dalla norma. Nell'esempio ricordato Tizio acquista la piena capacità giuridica e passa dalla classe dei minorenni a quella dei maggiorenni non per una deduzione tra concetti generali, ma in virtù d'una relazione funzionale stabilita tra il compiersi di un evento — il ventunesimo anno d'età — e l'acquisto della libera capacità legale.

Vedremo più innanzi che nel diritto c'è una logica che va oltre la semplice induzione e deduzione con cui si governano i concetti di classi; ma non è una logica di concetti, bensì una *logica di valori.*

Per ora vogliamo evitare l'ambiguità del termine *logica* con le sue compromissioni tradizionaliste, aristotelico-scolastiche, e perciò adopereremo in sua vece il termine *dialettica* e più precisamente quello di *dialettica dell'ordine.* Non è del resto semplice questione di parole, ma di struttura e funzione.

35. Poichè il fatto costitutivo della sintesi giuridica è una funzione logico-categorica che pone in essere una data relazione ordinata e ordinante, c'è da attendersi, che una medesima funzione presie-

da allo sviluppo dell'ordine giuridico nel passaggio da una sintesi all'altra; nello sviluppo della funzione fondamentale in funzioni dipendenti — tanto in serie, quanto in gruppi —; e infine nella gerarchia che viene a formarsi tra i diversi schemi e tipi d'ordine.

A questa funzione che sviluppa e gerarchizza i comandi giuridici diamo appunto il nome di *dialettica dell'ordine* (1).

Che d'altronde, essendo una funzione categorica fondamentale nell'economia delle operazioni mentali, non è limitata al diritto. Si può dire anzi, che non c'è attività spirituale, teoretica, tecnica, persino poetica, in cui essa non si ritrovi. Ma particolarmente illuminante ci sembra il parallelo del modo in cui la dialettica dell'ordine opera nella *matematica* e nel *diritto*.

Per secoli la matematica fu ritenuta una *scienza deduttiva*, anzi il prototipo delle scienze deduttive e perchè tali *esatte*. Il punto di partenza dell'intero procedimento, da Euclide in poi, venne ravvisato in taluni *assiomi* indimostrabili, ammessi i quali tutto se ne dedurrebbe con uno svolgimento logico.

Oggi è riconosciuto che neppure in matematica esistono assiomi, cioè proposizioni indimostrabili e d'un valore assoluto. Esistono soltanto certi postu-

(1) V. *Il diritto categoria dell'ordine* in « Arch. di filosofia », Roma, 1931, II; *La logica del diritto* in « Atti della XX Riunione della S.I.P.S. », Milano 1931; *Osservazioni sul diritto*, in « Rendiconti dell'Accademia dei Lincei », Roma 1931,

lati che sono veri entro un determinato insieme o *sistema*. La proposizione: « il tutto è maggiore delle parti » non è un assioma, ma è una enunciazione vera soltanto per un insieme di enti finiti. In un insieme o campo infinito la parte può essere eguale al tutto. La proposizione: « la retta è la più breve distanza tra due punti », non è un assioma, ma una enunciazione vera soltanto per un piano appartenente a uno spazio a tre dimensioni. In uno spazio diversamente costituito la retta potrebbe essere la distanza più lunga, anzi una distanza infinita. È adunque la costituzione e definizione dell'insieme o sistema che stabilisce i significati e valori delle definizioni e proposizioni che vi sono contenute. In ogni caso, senza poter dire che cosa venga prima o dopo — questione analoga a quella dell'uovo o della gallina —, è certo che un sistema o si dimostra per intero o non si dimostra affatto.

Queste considerazioni ci hanno indotto a tracciare il seguente quadro delle funzioni che presiedono alla matematica in quanto *scienza dell'ordine*. A fondamento stanno le *ideazioni sintetico-costruttive* (Poincaré aveva detto *ipotetico-costruttive*), che definiscono gli *enti matematici* e il *sistema* in seno al quale essi si pongono. La dimostrazione, esemplificazione e varia combinazione delle proprietà fondamentali di tali enti, senza uscire dall'ambito delle loro definizioni e del sistema, è poi dato da un procedimento *analitico-combinatorio*. Ogni accrescimento del sistema ha luogo mediante nuove sintesi costruttive, compatibili con le fondamentali. Cam-

biando le basi del sistema tutte le costruzioni sintetiche e i loro svolgimento analitici cambiano o perdono affatto significato e valore (1).

Aggiungiamo che lo *sviluppo illimitato* e pur sempre coerente di un sistema così costituito è la proprietà che meglio di tutto mette in rilievo la sua differenza colla logica delle classi. Questa è in sostanza tautologica e legata a una rigida fissità sorvegliata del principio d'identità. Una classe è definita dagli individui che la compongono e gl'individui sono definiti dalla classe cui appartengono. Un sistema invece non pone alcun limite alle sintesi ordinanti che si possano aggiungere a integrazione e sviluppo delle ideazioni fondamentali, sol che siano compatibili tra loro. Qui non opera più il principio tautologico dell'identità A = A, ma acquistano un ufficio autonomo il *principio di non-contradizione* e il *principio di ragion sufficiente* (2).

In tutto analogo è il quadro delle funzioni che presiedono al *diritto*, anch'esso *scienza dell'ordine*. Il momento *sintetico-costruttivo* è nella ideazione ordinante, che crea gli *enti giuridici*, cioè le norme e gli istituti, che compongono un dato *sistema ordinato*. Le norme particolari che ne dipendono rappresentano gli svolgimenti *analitico-combinatori* delle sintesi fondamentali. Ogni accrescimento del sistema non può aver luogo che mediante nuove sintesi costruttive compatibili con le fondamen-

(1) V. il mio saggio: *Matematica e filosofia*, nel vol. IV: *Nuove vedute logiche*.

(2) V. *Nuove vedute logiche* (Vol. IV).

tali. Cambiando le basi del sistema tutte le costruzioni sintetiche e i loro sviluppi analitici cambiano o perdono affatto significato e valore.

Adottando questo schematismo, che noi riteniamo il solo vero, si scorge subito quanto c'era di fallace nel modo in cui alcuni filosofi e giuristi ricercavano l'analogia tra diritto e matematica, col postulare cioè anche nel diritto taluni assiomi, che starebbero alla base di tutte le proposizioni derivate. Secondo Kant uno di questi assiomi era il principio: *pacta servanda sunt*. Per Leibniz era un altro assioma il principio: *unicuique suum tribuere*. Ma la prima proposizione non è un assioma, bensì la definizione stessa di patto, analiticamente svolta. Un patto inosservabile sarebbe una contraddizione nei termini e quindi non esisterebbe neppure. E la seconda proposizione, lo abbiamo accennato, è uno sviluppo analitico dei concetti di « suum » e della prestabilita, già nota relazione di spettanza « unicuique »; quindi è una proposizione derivata, e non un assioma che stia a sè.

36. Questo *schematismo strutturale* e *funzionale dell'ordine giuridico* nel suo insieme o sistema e nelle sue parti, spiega molte proprietà del diritto, che noi possiamo riassumere così.

1°) Quella *gerarchia di concetti* che i giuristi riconoscono tra istituti fondamentali e norme secondarie, non si deve a una relazione logica tra generale e particolare, ma a un rapporto strutturale e funzionale tra sintesi ordinanti più ampie, più com-

prensive e come tali, si noti, più complesse, e sintesi o derivate parziali comprese in quelle. Nella logica induttivo-deduttiva il generale è più semplice e il particolare è più complesso. Nella gerarchia delle funzioni ordinanti quella più generale, nella sua apparente schematicità, è più complessa e per questo è più comprensiva, e la derivata parziale è più semplice e perciò più ristretta.

2°) Si raggruppano entro un medesimo istituto sintesi ordinanti che obbediscono a una medesima legge funzionale di variazione. Lo stesso deve dirsi per il raggrupparsi degl'istituti in *sistemi*, e dei sistemi in una *legislazione*. Analizzando qualunque legislazione si deve trovare la più ampia legge di variazione dominante in ciascuna.

3°) Ancorchè i singoli comandi e istituti debbano la loro origine storica a ragioni empiriche e talvolta contingenti, essi tendono per la loro stessa struttura logico-categorica a comporsi in insiemi o sistemi gerarchicamente ordinati e di più in più omogenei, comprensivi e coerenti.

4°) Come una *scelta* presiede alla creazione d'una norma di diritto, *scelte* del medesimo genere, sebbene di un ordine sempre più complesso presiedono alla costruzione di un *sistema dommatico di diritto;* che pertanto non è solo un prodotto di attività logiche e raziocinanti, ma anche di poteri d'invenzione, in cui intervengono anche, con le volizioni, fattori imponderabili, momenti irrazionali analiticamente indimostrabili, funzioni eminenti di quella mente creatrice o *noũs poietikós*, cui si

debbono le più alte produzioni della spiritualità, dalla matematica al diritto, alla poesia.

5°) La coerenza d'un qualunque insieme giuridico si mantiene e si estende non alla stregua della logica sillogistica, controllata dal *principio d'identità,* che confinerebbe gl'istituti in una statica fissità, ma osservando semplicemente la *compatibilità* tra comando e comando; la quale, come si è detto, si contenta del *principio di non-contradizione* e del *principio di ragion sufficiente.* Per questo gli accrescimenti del diritto sono possibili illimitatamente.

37. La *dialettica dell'ordine* nella sua immanente unità, è un processo che si svolge, senza dubbio alcuno sotto la spinta di cause finali, che noi dobbiamo ancora ricercare; ma in ogni caso con una sua *autonomia,* dovuta principalmente alla natura logico-categorica delle funzioni che costituiscono e sviluppano tutto l'*ordine giuridico,* nel suo insieme e nelle sue parti.

Di questa autonomia diremo meglio in un capitolo appresso. Frattanto è bene avvertire che non va intesa nel senso in cui non pochi giuristi la intendono, e cioè che il diritto faccia in tutto un corpo a sè; oppure nel senso divenuto ovvio tra i neokantiani, che il diritto sia una semplice *forma* o *tecnica* indifferente al suo contenuto. Nè il diritto si pone da sè i fini e compiti cui serve, chè esso apparteine a tutta la teleologia dei fatti umani; nè, come pure vedremo, può immettere nei propri sche-

mi dei fini e compiti qualunque. L'autonomia di cui qui noi parliamo significa che, quali che possano essere e variare i fini e compiti affidati alle norme del diritto, essi debbono penetrare nella dialettica sui generis dell'ordine giuridico e riceverne la legge costitutiva, cioè la struttura e la funzionalità. A questo solo patto un comando quale che sia può diventare diritto. Tutto ciò che non voglia piegarsi alla dialettica propria dell'ordine giuridico, potrà restare comando, ma diritto non diventerà mai.

Con questa nozione dell'unità e autonomia strutturale e funzionale di tutte le statuizioni del diritto rimane confermato il loro carattere *superindividuale e universale*. Ma viene anche in evidenza un altro carattere, cui abbiamo pure accennato e che acquista ora il massimo rilievo, ed è *l'obbiettività* dell'ordine giuridico.

Il diritto gode di un'*esistenza obbiettiva,* ancorchè subordinata ai fini che lo hanno ispirato. Obbiettiva è la funzione costitutiva di esso. Obbiettiva la sua indeformabile funzionalità. Obbiettivo il primato che l'idea fondamentale del diritto detiene nella sua relazione dialettica con tutti i comandi derivati.

Questa constatazione ci autorizza a capovolgere *razionalmente* i termini che *storicamente* possono essersi presentati anche in senso inverso; e cioè non risalire dai singoli diritti all'ordine giuridico, ma procedere dall'idea fondamentale dell'ordine giuridico ai singoli diritti. D'altronde se questa veduta

razionale è giusta, ci aiuterà a comprendere meglio l'unità della fenomenologia giuridica, anche nel suo divenire.

Infatti l'*oggettività* dell'ordine costituisce il fondamento tanto della *soggettivazione* quanto dell'*oggettivazione di tutti i diritti*. Essa ne è il *prius* categorico e, a rifletter bene, anche reale.

38. *Soggettivazione.* Come può negarsi che è l'ordine giuridico a creare i *soggetti di diritto?* Può parere un paradosso, ma mentre uomini si nasce, soggetti di diritto si rinasce soltanto sotto il segno dell'ordine giuridico cui si appartiene.

Questa proposizione è nettamente contraria al postulato fondamentale del giusnaturalismo, che incorporava i diritti della personalità giuridica in qualunque essere umano, sol che si fosse dato la pena di venire al mondo. Era una generosa illusione e fruttò un ampliamento illimitato della categoria dei *soggetti di diritto*. Ma anche se l'equazione stabilita fra i due termini *essere umano* = *soggetto di diritto* dovesse venire universalmente riconosciuta e verificata, essa sarebbe vera *non* in virtù d'un semplice fatto di natura, ma d'un ordine giuridico universale.

Ristabilita l'esatta relazione tra l'ordine giuridico e la soggettivazione dei diritti, tutto diventa chiaro. Si spiega come la relazione stessa possa svolgersi fino a comprendere oltre le *persone fisiche* le *persone giuridiche*, perchè entrambe le classi di soggetti sono creazione dell'ordine giuridico, il

quale unicamente ha il potere di conferire loro giuridica esistenza, di condizionarla, negarla, sopprimerla.

Per quel che riguarda la categoria dei *soggetti fisici* titolari di capacità giuridica, si spiega com'è ch'essa possa venire estesa sino a comprendere non soltanto i nati ma i concepiti; non soltanto i concepiti ma i *concepturi;* e possa considerare le persone determinate e le indeterminate, le presenti e quelle in stato di assenza, le certe e quelle « di cui s'ignora l'esistenza » (cui si riferiscono talune disposizioni del nuovo codice civile italiano), i cittadini e sotto date condizioni gli stranieri; ma si spiega anche come la medesima autorità che attribuisce i diritti possa anche sottoporli a condizioni, limitarli, toglierli via, giungendo eventualmente fino alla soppresione fisica del soggetto indegno.

Nulla è poi più facile intendere come l'ordine giuridico, coll'identico procedimento dialettico, possa nel suo insieme soggettivarsi, impersonarsi nello Stato; e inoltre conferire e gerarchizzare l'esistenza giuridica a tutti gli enti pubblici o privati, siano organi dello Stato stesso od altri istituti di diritto pubblico; siano associazioni, fondazioni, corpi aventi scopi morali, enti ordinati a scopi commerciali; e infine stabilire anche la figura giuridica di società di fatto, associazioni non riconosciute e comitati avventizi, ecc.

È sempre l'ordine giuridico che compie tutte queste soggettivazioni di diritti e ne stabilisce i modi di

concretarsi, personalizzarsi, agire e anche cessare giuridicamente di esistere.

In una parola viene a eliminarsi quell'autentico rompicapo della filosofia giuridica, che partendo dall'uomo fisico non poteva pervenire se non con artificiose e irreali assimilazioni antropomorfiche alla persona morale; nè per altro riusciva a spiegare, anche a rimanere nella sfera delle persone fisiche, le limitazioni e privazioni che i diritti personali, dichiarati assoluti, possono patire per effetto dell'ordine giuridico che, secondo le vedute tradizionaliste, sarebbe destinato unicamente a tutelarli.

Oggettivazione. La funzione oggettivante dell'ordine giuridico fa anche cadere le barriere tra la millenaria distinzione di *diritti personali* e *diritti reali,* perchè la funzione dell'oggettivare diritti è identica a quella del soggettivarli. Nel *de iuris divisione* di Gaio si enunciava: « omne autem ius quo utimur vel *ad personas* pertinet vel ad *res* vel ad *actiones* ». Le *res* venivano poi suddivise in *corporales* e *incorporales.* Questa classificazione si ritrova ancora in parte nei codici vigenti e certo ha una sua pratica utilità. Ma già nel termine comune *pertinet,* esprimente una funzione categorica ordinante di *appartenenza, spettanza, redistribuzione,* era rivelato il filo conduttore cioè unificatore della classificazione gaiana, che per noi si concreta nella duplice funzione del soggettivare e dell'oggettivare. Se infatti si guarda alla funzione fondamentale che riconosce, crea, attribuisce, gradua, sospen-

de, attua, limita, annulla diritti reali, essa è, dicevamo identica alla funzione soggettivante dei diritti personali.

Le *res* sono; ma soltanto l'ordine giuridico ne fa dei *valori giuridici*, degli oggetti di diritto, i cosiddetti diritti reali; e non già formandone entità astratte, che vivano di una loro sostanzialità ontologica separata e quasi contrapposta a quella dei diritti soggettivi; bensì diritti la cui *attribuzione soggettiva, attuale o virtuale, è il presupposto costantemente sottinteso* della loro esistenza nella sfera del diritto. In altri termini i diritti reali sono *valori giuridici*, che hanno una loro esistenza oggettiva, ma che sono o già soggettivati o in attesa di soggettivazione.

Per altro si rifletta che non *dietro* il mondo delle cose ma *dentro* le cose stesse sta l'uomo. E tutte le questioni di attribuzione, per es. della *distribuzione dei beni economici* prodotti, sorgono in quanto i valori giuridici vanno considerati non in relazione ai *fattori fisici*, ma ai *fattori umani* che vi sono incorporati. L'oggettivazione dei diritti, si compie adunque sempre in funzione della loro soggettivazione presente o futura, ed è proprio vero anche per qualsiasi specie e sottospecie di *diritti reali* che « omne ius hominum causa constitutum *est* ».

Ciò spiega infine agevolmente come l'ordine giuridico dia giuridica esistenza non solo alle res *corporales*, ma alle *incorporales;* non solo alle *res*, ma alle *actiones;* e prenda sotto la sua tutela la *res nullius*, la cosa abbandonata, l'oggetto smarrito, l'e-

redità giacente, la negotiorum gestio, il patrimonio familiare, il patrimonio dell'assente, il patrimonio del prodigo, le accessioni, la massa e così via; e ne faccia altrettante entità giuridiche non per se stesse, ma con espressa o tacita riserva di quella soggettivazione, che è il luogo di origine e il punto d'arrivo dell'intero circolo vitale dell'ordine stesso.

Pertanto le questioni ancora oggi dibattute circa la *nascita* e l'*estinzione*, l'*acquisto* e la *perdita* dei diritti tanto personali quanto reali, le quali hanno dato luogo a faticose discussioni, per aver considerato tali diritti come aventi una loro suità e assolutezza, vengono a porsi in modo più trattabile, quando si parta dal presupposto, che tutti i diritti personali e reali hanno soltanto un'*esistenza relativa*, in funzione dell'ordine che li fa esistere.

39. Uno l'ordine giuridico, una la sua funzione costituente, soggettivante e oggettivante dei diritti, bisogna desumerne anche la *relatività* delle sue sottodistinzioni.

Fra le partizioni classiche del diritto, fondamentale e invariabile parve quella tra diritto *pubblico* e *privato*. Nel Libro I del Digesto si premette: « Huius studii duae sunt positiones, *publicum* et *privatum*. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice *utilia*, quaedam privatim » (L. 1. 2. D. 1, 1). Pure questa celebre partizione, rimasta basilare, conteneva nel termine comune *utilia*, cioè nella categoria finalistica

dell'*utilitas*, la possibile risoluzione delle utilità minori nella maggiore e fin la suppressione della distinzione stessa di fronte al principio: « salus reipublicae suprema lex esto ».

A noi oramai riesce agevole trovare la comune legge di variazione tra l'ordine nella sua totalità da una parte e i diritti soggettivi pubblici e privati dall'altra, attribuendo al processo di soggettivazione proprio dell'ordine giuridico la comune origine di tutti i diritti e quindi la loro *relatività funzionale*.

Oggi per esempio, al seguito delle inaudite esperienze politiche e giuridiche del nostro secolo, quella relatività funzionale è apparsa con tale evidenza, che non pochi autori si sono dati addirittura a negare fin l'esistenza dei diritti pubblici soggettivi, e qualsiasi possibilità di distinguere tra diritto pubblico e diritto privato (Binding, Kelsen, ecc.). In Italia, specialmente all'apparire del regime totalitario, di cui il Fascismo per primo ha dato al mondo l'idea e l'esempio, fu una gara tra i giuspubblicisti, a chi negasse più energicamente i diritti pubblici soggettivi. Questi fecero la figura di quei fantocci dei tiri a bersaglio in un baraccone da fiera, esposti a chi li butta giù con meno colpi.

Deplorevole è stata poi la confusione che si è fatta tra *diritti pubblici soggettivi* e i *diritti dell'uomo* della Rivoluzione francese; questi un derivato del giusnaturalismo, quelli invece definiti in base a una dottrina dello Stato sorta in opposizione e in polemica col giusnaturalismo.

Eppure tanto i diritti pubblici soggettivi, quanto i diritti soggettivi privati avevano bisogno di essere relativizzati, non negati. E a ciò bastava considerarli come funzioni dipendenti dell'ordine giuridico, che d'altronde non può fare a meno di *soggettivarsi* e di *oggettivarsi*, senza svuotarsi d'ogni contenuto e scopo, cioè senza negare se stesso.

C'è peraltro da considerare che la *soggettivazione* dei diritti non è mai fatta a spese dell'*oggettività dell'ordine*, anzi si alimenta esclusivamente di essa. Oggettività dell'ordine giuridico e soggettivazione dei diritti non sono due termini che si escludano o si addizionino, ma due momenti e aspetti d'un medesimo processo dialettico, e a ciò si deve la loro intima, assidua inscindibile, irrecusabile solidarietà. Dell'ordine giuridico ciascun soggetto è tanto beneficiario, quanto responsabile. Chi si sottomette all'ordine vi collabora tanto quanto chi reclama un diritto; e chi non difende un diritto affievolisce l'ordine.

Questa considerazione ci consente di superare la vieta opposizione tra *diritti* e *doveri* nel concetto più comprensivo di *solidarietà con l'ordine*. Esercitare un diritto soggettivo sia esso pubblico o privato, è tanto un diritto quanto un dovere. Servire la patria in armi è tanto un dovere quanto un diritto. L'elettorato attivo e passivo è tanto un diritto quanto un dovere. Lavorare è tanto un dovere quanto un diritto. Pagare un debito è tanto un dovere, quanto un diritto. Reclamare la punizione d'un reato è tanto un diritto, quanto un dovere. (« Chi

non punisce il male, comanda che si faccia », ammoniva Leonardo). Subire la pena d'un delitto commesso è tanto un dovere quanto un diritto, ed infatti non è raro che dei delinquenti sollecitino la propria condanna e l'esecuzione di essa.

Per lumeggiare meglio questo nostro modo di concepire l'*obbiettività dell'ordine giuridico* lo confronteremo con la « teoria dei due soggetti », studiosamente sviluppata da Ernest Roguin (*La science juridique pure*, 1923) e accolta con un certo favore anche da molti giuristi. Secondo questa teoria ogni regola di diritto stabilisce un *rapporto* tra due soggetti: un *soggetto attivo* e un *soggetto passivo*. Attivo è il titolare o beneficiario del diritto; *passivo* chiunque è obbligato alla *prestazione* corrispondente. La *prestazione* comprenderebbe anche l'*astensione* da ogni turbativa del diritto costituito; sicchè sotto questo aspetto il soggetto passivo si dilata fino a comprendere la totalità dei soggetti, escluso il solo titolare, e incluso persino lo Stato e la pubblica autorità. Per es. nella proprietà, il soggetto attivo è il proprietario, il soggetto passivo, tutti coloro ai quali incombe l'obbligo di rispettare e far rispettare il monopolio di cui il proprietario gode. Secondo questa dottrina ognuno di noi sarebbe dunque non soltanto soggetto attivo dei propri diritti, ma soggetto passivo di un'infinità di diritti altrui, a noi persino sconosciuti e che si costituirebbero, si modificherebbero, si estinguerebbero alle nostre spalle e a nostra insaputa.

C'è bisogno di dire che in questo modo d'inten-

dere i due soggetti d'ogni rapporto di diritto domina una concezione privatista dell'intero ordinamento giuridico, il quale diventerebbe in tal modo un'appendice smisurata e indeterminata dei diritti singoli di ciascun soggetto attivo? Il postulato fondamentale cui questa dottrina obbedisce è che *ius et obligatio sunt correlata.* Da qui muove la faticosa e, diciamo pure, artificiosa ricerca d'una *obligatio,* sia prestazione o astensione, in qualunque rapporto di diritto.

Colla nostra concezione superindividuale dell'obbiettività dell'ordine giuridico, tutto si chiarisce e semplifica. Non in relazione a un secondo soggetto indefinibile e indelimitabile ciascun diritto si costituisce. All'esistenza di tutti i diritti, siano personali o reali, basta l'ordine giuridico, il quale nella propria assolutezza e universalità non ha bisogno di alcuna integrazione privata per far consistere e per proteggere ogni soggettivazione e ogni oggettivazione del diritto.

Un'altra ingegnosa ma insufficiente interpretazione dell'ordine giuridico era quella d'Igino Petrone, preoccupato pur egli di giungere al diritto obbiettivamente riconosciuto movendo dal soggetto singolo. L'*ego* diventa *persona* quando può compiere in sè la sintesi dell'*ego* e dell'*alter* nel concetto di *socius*. In questa combinazione di tomismo e di hegelianismo, che parve un grande progresso di fronte al positivismo giuridico allora imperante, il Petrone passava sopra alla condizione fondamentale della sintesi, che è una *legge di aggregazione,*

senza della quale il concetto di *socius* non può neppure nascere. Tale legge che condiziona, determina e regola il coesistere di tutti i soggetti e di tutti gli oggetti di diritto, non può essere che l'ordine giuridico obbiettivamente inteso e come tale sovrastante all'ego, all'alter e a qualsiasi specificazione comunque derivata.

40. Concludendo le soggettivazioni e oggettivazioni dei diritti, una volta stabilite in relazione all'ordine giuridico dominante, acquistano quell'assolutezza, impersonalità, universalità, che sono la condizione prima della *certezza del diritto*. Ma noi ora possiamo darci ragione anche del fatto che, variando la concezione fondamentale, il senso del sistema, anche le soggettivazioni e oggettivazioni precostituite perdano la loro assolutezza e vengano a variare. È questo il fenomeno che più di tutto colpisce in questa nostra età eminentemente rivoluzionaria.

Non è tuttavia da pensare che il diritto rimanga immobile tra una rivoluzione e l'altra. Dal concetto del *diritto-ordine obbiettivo* scaturiscono dialetticamente tutti gl'istituti e comandi che appartengono a un dato ordine giuridico. Ma è nella natura del processo che non tutto quello che un principio d'ordine contiene virtualmente venga senz'altro tradotto in soggettivazioni e oggettivazioni di diritti. Rimane sempre qualche cosa allo stato potenziale e che non può diventare attualità giuridica senza il concorso di circostanze di fatto, che rego-

larmente decidono della vita dei diritti.

Si può comunque ammettere che in ciascun ordine giuridico esistono oltre i comandi espliciti, possibilità implicite, oltre le norme espresse altre norme che se ne possono fare al bisogno scaturire. La grande saggezza della giurisprudenza romana giustamente celebrata in ogni tempo, consisteva nella sua capacità di superare gli schemi giuridici prefissati e lasciati intatti, mediante integrazioni innovatrici.

Questa la dialettica del diritto eminentemente costruttiva, anche nelle sue derivate parziali. Essa ha una sua dinamica endogena, che a parte le spinte di fattori esogeni, produce il costante progresso del diritto. Contro ogni veduta scettica il progresso è ravvisabile, a parte ogni considerazione di merito, nelle tre direzioni nelle quali tutta l'evoluzione del diritto dialetticamente si è mossa e si muove: 1°) incremento assoluto delle funzioni ordinanti del diritto sulla vita di relazione; 2°) perfezionamento e svolgimento interno dei vari schemi e tipi d'ordine nello spirito del proprio sistema; 3°) estensione progressiva delle *soggettivazioni* dei diritti e delle *oggettivazioni* del diritto.

Tale evoluzione, che deve costantemente accompagnarsi a mutazioni di fatto, le più ardue e lente a prodursi, è lentissima, specialmente nella terza direzione. Basti pensare che ci sono voluti millenni affinchè gli schiavi passassero dalla categoria delle *res* a quella delle *personae*; e che ci sono volute le armi italiane contro la coalizione di 52 Stati, ver-

gogna eterna del mondo civile, per far cessare la schiavitù nell'ultimo suo asilo, il cosiddetto Impero negussita e schiavista d'Etiopia.

Anche l'estensione della protezione giuridica a realtà non prima considerate dall'ordine costituito, è un processo assai lento e difficile.

41. L'unità, coerenza e compattezza d'un sistema giuridico può ora essere spiegata così:

1°) medesimezza delle funzioni logico-categoriche che operano nella creazione di tutte le norme giuridiche;

2°) unità del processo dialettico onde tutte le norme si compongono in un insieme vincolato o sistema;

3°) intima corrispondenza di tutte le *scelte* che fra le possibili alternative della vita e dell'ordine astrattamente concepibili dànno una unità di direzione alle ideazioni giuridiche concrete, positive.

Il vero costrutto di un ordine giuridico positivamente formulato e concretamente vissuto è dato da tutte le *scelte* dei comandi giuridici, le quali si sommano; sono come altrettanti *vettori* medesimamente orientati, cioè concorrenti; sono come altrettante *componenti* di un immenso parallelogramma di forze positive e negative — i comandi e i divieti —, la cui *risultante* è la somma algebrica di tutte le spinte favorevoli e contrarie.

Or chi dice *scelta* dice *valutazione*; chi dice *comando* dice affermazione d'una *valutazione positiva;* chi dice *divieto* dice affermazione d'una *va-*

lutazione negativa. Siamo dunque nel regno dei valori, nel *mondo dei valori umani.*

Da questo momento tutte le funzioni ordinanti, imperative, costruttive dell'ordine, pur conservando la loro autonomia tecnica, categorica, dialettica, diventano funzioni dipendenti della realtà umana più profonda: la vita coi suoi infiniti valori, il mondo dei valori umani nelle sue infinite possibilità.

Da questo stesso momento la dialettica del diritto diventa *logica di valori.*

CAPITOLO VI

IL DIRITTO NEL SISTEMA PROTETTIVO DELL'« ECONOMIA DELLA VITA » E DEI VALORI UMANI

42. Sinora abbiamo potuto parlare del diritto, delle sue funzioni ordinanti, della sua dialettica, dei suoi sviluppi in un « insieme vincolato » e, al limite, in un « sistema » di *relazioni funzionali*, senza prendere in esame il contenuto, l'oggetto, gli scopi dei comandi giuridici.

Abbiamo acquistato la nozione esatta che il diritto inserisce nella causazione e nel finalismo degli atti e fatti umani una *tecnica sui generis*, per cui i suoi comandi si distinguono nettamente da tutti gli altri, poniamo, politici, etici, religiosi. A questa tecnica è confidata la *certezza giuridica*, che a determinati antecedenti seguano invariabilmente determinati conseguenti; e non perchè l'*effetto giuridico* ne dipenda in modo necessario, anzi perchè potrebbe non derivarne affatto, se la norma

non stabilisse espressamente quel dato « nesso invariante ». Tra il possesso, per esempio, e l'acquisto della proprietà, tra la morte del de cuius e la ripartizione dell'asse ereditario in quei tali modi di successione testamentaria o ab intestato, tra il « bacio violento » e la pena di morte, non c'è mai stato nè c'è alcun *rapporto necessario* all'infuori di quello stabilito dalla norma giuridica, con una sua *scelta* divenuta *imperativa*.

E nondimeno noi abbiamo dovuto avvertire più volte, che non si tratta d'una tecnica indifferente all'oggetto cui si applica. Senza condiscendere agli *ontologismi* della vecchia mitologia dei concetti, per cui il diritto veniva ipostasizzato in certe entità astratte, contrassegnate coi nomi di « bene », « giustizia », « libertà », ecc. (ontologismi dai quali ci hanno preservato le nostre premesse sulla struttura relazionale e funzionale degli schemi mentali); già il fatto da noi accertato, che il diritto attua un suo « grado di libertà » rispetto alla dipendenza naturale, potenziando il grado di libertà raggiunto dall'economia nella lotta per l'esistenza e fornendo la base ai gradi superiori, immette l'ordine giuridico nel più ampio finalismo della vita, assegnadogli un suo posto e una sua specifica funzione.

È poi di ragion comune che i comandi giuridici hanno sempre un certo contenuto etico e ricevono dettami dalla ragion politica, dalla coscienza religiosa, dai principi che guidano l'incivilimento umano. È anche vero che il diritto, se non appaga tutte le aspirazioni della spiritualità, alle quali compe-

tono gradi di libertà, cui il diritto non può ancora e forse non potrà mai elevarsi, rappresenta per la coscienza giuridica di un popolo e per grandi medie sociali « il bene », il « giusto », l'« equo », ecc. Se vi sono degli scontenti per non avere il più, provate a toccar loro i diritti acquisiti e li sentirete.

Noi vogliamo ora precisare, quali rapporti esistano tra il processo normativo specificamente giuridico e le finalità della vita, dalle elementari e necessarie alle più elevate ed elettive.

43. Notiamo preliminarmente che questi rapporti sono visti in una luce falsa, finchè vengono stabiliti fra entità separate: da una parte le determinanti politiche, etiche e religiose della condotta e dall'altra gli schemi vuoti del diritto, apparecchiati ad accoglierle. Le due serie non possono essere nè totalmente separate, quali forma e contenuto, nè immedesimate, quali due faccie dello stesso fenomeno.

Contro la separazione di forma giuridica e contenuto etico, modo non infrequente di concepire questi rapporti dopo Kant ed Hegel (si pensi alla definizioni di Ulrici: « il diritto è la condizione *esterna* dell'ethos »), abbiamo già avvertito, che non tutte le determinanti spirituali della condotta, per imperiose e universali che siano, riescono a penetrare negli schemi d'ordine del diritto, mentre stando alla tesi, dovrebbero inquadrarvisi sempre.

E contro l'identificazione, sia pure in una scala ridotta, per es. tra morale e diritto, essa è smentita dalle discordanze non infrequenti nè lievi tra

una certa etica codificata nelle leggi e le indicazioni superiori della *contemporanea* coscienza morale; mentre stando alla tesi il contrasto non dovrebb'essere neppure parzialmente concepibile.

È fuor di dubbio che tra il diritto e le altre determinanti della condotta ci sono connessioni e sconnessioni, continuità e discontinuità. Ma non giova insistere troppo nè sulle concordanze, nè sulle discordanze, per poi lasciarle nell'indeterminazione. Una teoria esatta del diritto deve dare ragione delle une e delle altre. E in tal modo fornirà una nozione più approssimata delle possibilità e impossibilità del diritto. E la teoria avrà anche un ufficio pratico.

Osserviamo pure che a raggiungere la precisazione di cui abbiamo bisogno, non serve ridurre l'ufficio del diritto a quella di *limite*, per es. fra più sfere di autonomia, fra più « libertà » e via dicendo: tutte cose che si ripetono ormai da secoli con una estenuante monotonia.

Certamente il diritto è anche *limite*, ma non già perchè esso limiti dal di fuori o ne sia esso stesso limitato, come nella concezione romagnosiana, per cui il diritto « deve fare rispettare i *confini* della reciproca libertà »; o nella concezione spenceriana, per cui « la libertà di ognuno deve essere solo limitata da uguale libertà degli altri » e per questo il diritto starebbe nel mezzo, limitato e limitante. È ben vero che il diritto è anche *limite*, ma questo limite è una realtà posta non dall'esterno, ma dall'*interna costituzione dell'ordine giuridico.* Nè in ciò v'è nulla di misterioso, perchè l'ordine,

qualunque esso sia, comporta soltanto *relazioni definite*. Non si descrive un organismo dicendo ch'esso è un *limite* tra se stesso e il mondo circostante.

44. Abbiamo detto che il diritto è tutto una somma di *scelte*, aventi un comune segno vettoriale: *positivo*, quelle che comandano e concedono; *negativo*, quelle che proibiscono e rifiutano. E abbiamo pure detto che c'è una valutazione in ogni scelta, e quindi una valutazione dello stesso « verso » tanto nelle scelte positive quanto nelle negative. Si tratta ora di trovare la più profonda legge di variazione di tutte le *scelte giuridiche*. Diciamo subito ch'esse appartengono a un *sistema protettivo della vita e dei suoi valori;* più precisamente: dell'« economia della vita » e del « mondo dei valori umani ».

C'è un fatto primordiale che domina in tutta l'evoluzione degli aggregati sociali, ed è *l'economia della vita umana*.

La vita obbiettivamente considerata è già un *valore positivo*, fondamento di tutti i valori umani, anzi misura d'ogni altro valore, che in essa e per essa si concreti e viva. Infatti i valori indistintamente possono essere graduati dal quantum di vita che impegnano (1) e *assoluti* sono i valori che la dominano e assorbono tutta. La vita è dunque la *realtà-base*, che bisogna presidiare, governare, promuovere, affinchè abbia consistenza e sviluppo l'in-

---

(1) V. *I valori umani*, 1ª ed. Torino, Bocca 1907, 2ª ed. in uno dei prossimi volumi (Vol. XI).

tero *mondo dei valori umani* (1).

Chiamiamo *sistema protettivo* « l'insieme dei mezzi e comandi intesi ad assicurare l'*economia della vita* di un dato gruppo sociale, attuandovi le condizioni del più completo inverarsi di un proprio mondo di valori, così nell'« universitas » dei soggetti, come nei soggetti singoli, e in prima linea nei soggetti cui è riconosciuto il diritto di realizzare il pieno valore umano, subordinatamente in altre categorie di soggetti, cui è accordata una capacità relativamente minore ».

Parlando di *economia della vita* intendiamo comprendervi l'*economia biologica*, l'*economia dei beni* e l'*economia dei valori spirituali*.

L'*economia biologica* si estende dal concepimento a tutta la durata della vita, dall'integrità e incolumità fisica alla possibilità di attuare in pieno le ragioni elementari dell'esistenza, la conservazione, la propagazione, tutte le connessioni personali necessarie o elettive che concorrono all'affermazione ed espansione della *volontà di vivere*.

L'*economia dei beni*, dalla più rudimentale alla più evoluta, congegno di mezzi atti a subordinare sempre più la natura ai crescenti bisogni della vita umana, perde quel carattere egoistico e individualistico che le si suole attribuire (2) ed acquista una sua socialità ed eticità profonda quando è messa

(1) V. il mio discorso inaugurale: *La morale economica e la morale del sacrificio*, Atti della R. Università di Palermo, 1911, e in uno dei prossimi volumi.

(2) Cfr. *L'economia della vita e l'economia dei beni*, nel vol. II: *Idee e concetti*.

in relazione coll'*economia della vita* che interessa l'uomo-gruppo, l'uomo-specie.

L'*economia dei valori spirituali* infine comprende tutta la realtà più propriamente umana, per cui l'uomo si eleva sulla natura e dice nella storia naturale del mondo una parola nuova e sua.

Il *sistema protettivo* abbraccia dunque l'intera consistenza del mondo umano: dalle sfere più ristrette alle più late; dalle più povere alle più ricche di prospettive attuali e potenziali; dagli orizzonti prossimi dei bisogni immediati e improrogabili agli sconfinati dell'escatologia umana; dagl'interessi empirici in lotta con determinismi soverchianti ai superamenti ideali d'ogni condizionalità estrinseca; in una parola, dalla fisica alla metafisica della vita.

Così inteso il sistema protettivo è definito nella sua *assolutezza* e nelle sue *relatività*.

45. L'*assolutezza* del sistema protettivo è nella sua stessa ragione d'essere, che non ammette proroghe, esitazioni, abbandoni. Sostare, dubitare, deflettere è perdere.

Epperò ciascuna delle funzioni che variamente concorrono a formare il sistema protettivo, *comandi politici, religiosi, morali, giuridici*, ha una sua assolutezza, che di regola si compone con le altre e dà al sistema una categoricità primaziale superiore a ogni discussione.

L'assolutezza è nei *comandi politici*, che presiedono sovranamente alla *disciplina interna* e alla *di-*

fesa esterna del gruppo, per proporzionare alla *volontà di potenza* insita in esso le condizioni obbiettive della sua massima sicurezza di vivere e di espandersi nel presente e nel futuro.

L'assolutezza è nei *comandi religiosi*, che investono tutta la realtà umana nelle sue relazioni con l'Assoluto immanente e trascendente. Essi dànno la massima consacrazione ai valori essenziali della vita e perciò assistono in ogni tempo l'autorità che sovrintende all'economia di tali valori. La loro solidarietà con l'ordine politico, che viene così spesso e così a sproposito censurata, non è avventizia nè opportunistica, ma necessaria, perchè connaturata colla logica del processo protettivo, solidale in tutti i suoi momenti e in tutte le sue parti.

L'assolutezza è nei *comandi morali*, cioè in quell'etica necessaria, che presidia la vita umana non soltanto armonizzando le relazioni esteriori, ma i sentimenti e gli affetti. Essa vi tende con la progressiva *interiorizzazione delle norme della condotta*, le quali attingono così le più squisite determinanti della coscienza e vi si impongono con un rigorismo intransigente quanto quello dei comandi religiosi.

L'assolutezza è infine nei *comandi giuridici*, che come abbiamo visto, attribuiscono a determinati atti e fatti umani una particolare *certezza* categorica di effetti legali. Col loro potere ordinante indeformabile e ineccettuabile il sistema protettivo acquista un massimo di determinatezza, obbiettività, incondizionalità.

46. Le *relatività* del sistema protettivo, che ne fanno variare gli orientamenti e sviluppi, sono molte. Noi le ridurremo a quattro capi: *a*) la varia estensione dei soggetti protetti; *b*) la varia estensione dei valori tutelati; *c*) il grado di potere raggiunto dalle funzioni logico-categoriche; *d*) il livello della cultura.

a) La prima relatività è anzitutto *politica*, e importa una limitazione dei soggetti compresi nel sistema e ammessi a realizzarvi il pieno valore umano.

Nelle società più antiche soltanto i *liberi* appartenenti al gruppo hanno tutti i diritti e diritti eguali tra loro; le altre categorie di soggetti o hanno diritti parziali e condizionati o non ne hanno alcuno (stranieri, schiavi, iloti, ecc.).

« Lo Stato greco è veramente comunanza di *uomini liberi* », annotava Aristotele (*Pol.* III, 4, 7). E Cicerone: « iura certe paria debent esse eorum inter se qui sunt cives in eadem republica » (*De rep.* I, 32). Ma anche nelle costituzioni feudali la pienezza dei diritti era riservata ai signori, i soli liberi. Agli « eupatridi » di Solone, ai « patres » romani facevano riscontro gli « homines liberi » di Rotari. E Grozio toglieva ad Aristotele e Cicerone la sua definizione: « est autem civitas coetus perfectus *liberorum hominum* iuris fruendi et communis utilitatis causa sociatus », divenuta classica nel giusnaturalismo, anche per l'equivoco che si annidava nella diversa estensione, che il mondo antico e il moderno davano alla medesima espres-

sione « liberorum hominum ».

Oggi ancora del resto il *diritto di cittadinanza* costituisce un *privilegio* ed è la condizione esclusiva del godimento di tutti i diritti, civili e politici.

Altre limitazioni sono quelle *minorazioni giuridiche* che talune legislazioni hanno statuito per motivi religiosi, in danno degl'infedeli o dei dissidenti della religione dominante. Così ad es. nel diritto giustinianeo si trovano disposizioni privative contro eretici ed apostati (Cod. I, 3 *de haereticis et Manichaeis;* 1, 7 *de apostatis*, ecc.).

Nel diritto mussulmano l'ignoranza della verità della religione islamica ha per effetto la non piena capacità legale dei non mussulmani ed eretici, dei quali si dà una complicata classificazione. Estreme sono poi le sanzioni contro gli apostati. Gli effetti dell'apostasia sono assimilati a quelli della morte civile, per cui il matrimonio dell'apostata è sciolto e la successione di lui è dichiarata aperta. Messo ipso iure fuori della protezione della legge, l'apostata, trascorsi i tre giorni consentitigli per ritrattarsi, può essere ucciso senza che l'uccisore, pur commettendo un « atto sconveniente », sia passibile di pena.

Il diritto canonico nella vigente codificazione (1917) è più circospetto che in passato nelle sue correlazioni colla legge civile. Tuttavia le varie distinzioni fra battezzati e non battezzati, fra fedeli ed eretici o scismatici o appartenti a sètte vietate, le particolari disposizioni che colpiscono gli apostati o interdetti, producono non sole incapacità

relative ai sacramenti, ai diritti di patronato e alle sepolture, ma anche *effetti civili.* Fra i più gravi è, per es. il canone per cui il matrimonio fra non battezzati, anche se legittimo di fronte alla legge civile e persino consumato, può essere dichiarato disciolto *ex privilegio Paulino* (generalizzato nel sec. XVI, al tempo delle evangelizzazioni degl'Indi d'America), se uno dei coniugi si converta alla fede cattolica (can. 1120-1127). Nei *matrimonia mixta* la dispensa è subordinata, fra le altre condizioni, a una limitazione della patria potestas del genitore acattolico riguardo all'educazione religiosa della prole (Can. 1061, § 2). E lo scomunicato *vitando* viene messo praticamente al bando della società, essendo vietato ai fedeli, che non siano suoi stretti congiunti o dipendenti, di aver rapporti con lui persino *in profanis* (can. 2207). Nè meno gravi sono gli effetti civili dell'*interdetto*, sia personale, sia locale (can. 2208 a 2275). Speciali incapacità legali sono poi stabilite pei *religiosi* che abbiano professato voti temporanei o perpetui, relativamente alla loro facoltà di possedere, amministrare, obbligarsi, donare, testare, ecc. (can. 580 a 583, ecc.).

Il vigente diritto civile italiano non conosce alcuna diseguaglianza di fronte alla legge per causa religiosa, ma non può ignorare le statuizioni della Chiesa Cattolica, che ha una sua salda organizzazione anche giuridica. Sono sempre salve le ragioni d'ordine pubblico (disp. prel. cod. civ. art. 21), per cui oltre alla religione cattolica, dichiarata religione dello Stato, gli altri culti, per essere

praticati, debbono essere ammessi.

Inoltre la nostra legge concede allo straniero, che opera nel Regno, il godimento dei diritti civili attribuiti al cittadino, a condizione di reciprocità da parte dello Stato cui lo straniero appartiene, e salve le disposizioni contenute in leggi speciali (ibd. art. 6). Il codice Solmi considera infine eventuali limitazioni alla capacità giuridica, stabilite pure da leggi speciali, per l'appartenenza a determinate razze (n. cod. civ. art. 1 comma 2). Ciò in armonia colla politica razziale del Regime.

In linea generale si deve constatare, che tutta l'*evoluzione politica* del diritto si è compiuta secondo queste due grandi direttrici: 1°) progressiva estensione della protezione dell'ordine giuridico a categorie sempre più ampie di soggetti; 2°) progressiva parificazione di tutti i soggetti di diritto di fronte alla legge. Nel piano dottrinale sarebbe un errore storico disconoscere in entrambe le direzioni la profonda influenza esercitata dal giusnaturalismo dei secc. XVII e XVIII.

b) Un'altra relatività del sistema protettivo concerne l'*estensione dei valori protetti.* Anche qui il progresso giuridico segna aumento.

Non si deve tuttavia ritenere, che a risalire nella storia degli aggregati umani si trovi il caos, come taluno ha voluto supporre. Si trova invece una estrema povertà e fissità di norme che disciplinano con inderogabile uniformità la vita associata, Nessun campo è lasciato alle variazioni individuali, nè ad esperimenti di vita che si discostino da quella

tipicamente imposta dal costume e consacrata dalle credenze religiose.

Il sistema protettivo si viene allargando, rafforzando e articolando col crescere dei volumi sociali; col conseguente moltiplicarsi dei conflitti esterni, per il bisogno di assicurare basi più salde alla sussistenza; coll'approfondirsi della vita interiore in correlazione alla necessità di dominare le condizioni obbiettive della lotta per l'esistenza. La società si organizza politicamente, nasce lo Stato, i comandi dell'ordine aumentano di autorità in un raggio d'azione sempre maggiore. Parallelamente si compie una specificazione tra le varie funzioni normative della vita sociale e personale. Mentre la sanzione religiosa si sposta verso l'intimità delle coscienze, ha luogo una progressiva secolarizzazione dello Stato e del diritto. Non pertanto, se lo Stato prende la suprema direzione della guerra e della pace, della distribuzione fra i liberi della sovranità sui possessi fondiari, dei *tributi* e di quant'altro è strettamente necessario alla fortezza della compagine politica; vaste regioni della vita associata, per es. i rapporti familiari, rimangono ancora per molti secoli nell'orbita del costume, dei « diuturni mores », ai quali è riconosciuta l'imperatività stessa delle leggi scritte.

Nella sfera del diritto privato lo Stato interviene dapprima col regolamento processuale a decidere i conflitti, indi con precetti di legge in rafforzamento, in aggiunta o in parziale deroga alle norme del costume; e solo per gradi viene assumendo

il monopolio dell'esercizio della coazione privata e in ultimo del diritto di punire anche reati contro le persone e i loro beni. Il sistema protettivo compie così le sue definitive conquiste, che potranno ormai essere soltanto consolidate e amplificate.

Comunque, se per ciascuna età, anche la più remota, si sommano insieme comandi religiosi, costumi, comandi politici, etici, giuridici, quale che sia stato il potere da cui sono emanati e il loro reciproco modo d'inerire; si può concluderne, che le funzioni ordinanti del sistema protettivo, di cui una società ha avuto bisogno, sempre sono state tutte presenti e operanti. Il loro eventuale indebolirsi ha segnato sempre decadenza, servitù, sfacelo.

Questa *relatività storica* non vuol tuttavia dire che un sistema protettivo valga l'altro. I sistemi protettivi storicamente susseguitisi si distinguono per un crescendo d'interventi della volontà collettiva rappresentata dalla pubblica autorità. La moltiplicazione degli schemi d'ordine e l'aumento della loro potestà disciplinare sulle relazioni sociali, è un fatto incontestabile.

E si deve anche riconoscere che, contrariamente a quello che si potrebbe supporre, ai tipi d'ordine primitivi, ristretti e poveri, corrisponde, non una maggiore libertà d'azione, ma una pari ristrettezza e povertà dei modi della vita personale e associata; laddove l'incremento e il differenziamento degli schemi dell'ordine hanno reso possibile un più articolato e sicuro sviluppo delle sfere di autonomia privata. Il sistema protettivo rafforzandosi contro

gli arbitri e offrendo alle volontà maggiori alternative di relazioni ordinate e garantite, ha nel complesso aumentate non diminuite le possibilità della vita. E le due sentenze di Cicerone: « omnia sunt incerta cum a iure discesseris » (Epist. 9, 16) e « legum servi sumus ut liberi esse possimus » (De leg.) sono vere per ogni tempo.

c) Un'altra relatività dei sistemi protettivi dipende dal *grado di sviluppo delle funzioni logico-categoriche*. È un errore pensare, che la struttura logico-categorica sia la medesima per tutte le razze (basterebbe osservare come le funzioni concettualizzatrici variano secondo i gruppi linguistici), e che sia anzi un che di dato e di fatale per la mente dell'uomo-specie. Almeno nella storia della cultura dei popoli occidentali, quella struttura ha avuto un'evoluzione nella quale si è verificato un positivo aumento e perfezionamento di schemi logici e di modelli categorici. L'intero sistema delle nostre coordinate mentali, e con esse il nostro potere risolutivo e compositivo delle esperienze e delle ideazioni, è considerevolmente, benchè in modo ineguale, cresciuto. L'uomo comune istituito nella coltura occidentale possiede oggi più modelli del pensare coerente e del concettualizzare, che non il più geniale dei Greci dell'età di Pericle (1).

L'incremento dei controlli del pensare coerente e delle funzioni categoriche non può rimanere senza effetto sui poteri ordinanti indispensabili al

---

(1) V. *Nuovi Princìpi*, vol. I; *Idee e concetti*, vol. II; *Nuove Vedute Logiche*, vol. IV; *Verità dimostrate*, vol. V.

governo delle esperienze e all'esercizio d'un sistema protettivo ognora più penetrante e dinamico. Basta confrontare la Legge delle XII Tavole colle Istituzioni di Gaio, per non dire delle Giustinianee, per farsi un'idea dell'enorme progresso dell'ideazione giuridica dovuto in prima linea a un correlativo progresso dei poteri mentali e di tutto il modo di concettualizzare e di argomentare.

Un esempio caratteristico è il caso ricordato da Gaio stesso (*Inst. IV*, 11), di quel tale che fece causa per taglio subìto alle sue viti, ma la perdette irrimediabilmente per avere nella sua legis actio indicato l'oggetto della lite con le parole *de vitibus succisis*, ch'erano poi le più appropriate, anzichè con quelle più generiche *de arboribus succisis* adoperate dalla Legge delle XII Tavole. Un simile modo di ragionare ai tempi di Gaio sarebbe stato inconcepibile e destava scandalo.

d) Un'ultima relatività del sistema protettivo è di ordine *culturale* e dipende dallo stato del *sapere* e della *tecnica*. Sarebbe una superficialità trascurare questi nessi. Tutte le funzioni protettive risentono della scienza e della tecnica del tempo, cioè delle certezze teoretiche, nelle quali un'epoca ha creduto e delle possibilità pratiche esistenti a disposizione delle volontà.

Una fase arretrata della cultura, infarcita di false credenze e di superstizioni, si riflette sull'intero sistema protettivo, che non può a meno di adeguarvisi naturalissimamente. La *ritualità* del diritto antico era determinata non soltanto dal bisogno di fa-

re esprimere le volontà in forme solenni e inequivocabili, ma anche dalla credenza nella *sostanzialità* delle parole e nel *potere magico* di date formule e di dati gesti.

È per es. difficile farsi un'idea di quanto abbiano influito sulle istituzioni giuridiche del Medioevo, tre dottrine che allora tenevano luogo di scienza: la dottrina aristotelica dell'*anima* definita *forma substantialis* o *corporeitatis*, e come tale immaginata diffusa in tutto il corpo; il *realismo scolastico*, per cui gli *universali*, i concetti, erano vere e proprie *sostanze*, ancorchè immateriali, naturalmente buone o cattive, e capaci, se cattive, d'infettare tutta l'anima, cioè l'intera sostanza di cui l'individuo si componeva; e la credenza, di origine stoica, nel potere purificatore del *fuoco*. La pratica di bruciare gli eretici s'ispirava al proposito di purgare l'anima col fuoco liberandola dai guasti delle idee prave. Solo quando col diffondersi della filosofia cartesiana acquistò credito la teoria, già anticipata da Leonardo, della *centralità della sede dell'anima*, si comprese ch'era un'inutile crudeltà bruciare i corpi per salvare le anime.

Per altro tutto il diritto penale fin quasi alla seconda metà del sec. XVIII fu dominato, come lo era la medicina, dalla credenza in unzioni, influssi maligni, stregonerie, cabale, spiriti familiari, e puniva tanto chi tenesse commercio coi diavoli, quanto chi non credesse nella loro esistenza (« quia censebat diabolos non esse »).

Evidenti sono poi le connessioni della *tecnica*

coll'ideazione giuridica. Così ad esempio il sistema delle prove nel processo romano, da orale che era, come ogni diritto arcaico, risultò modificato anche nella sua etica dall'introduzione delle prove scritte già in uso nell'Oriente ellenico ed egizio. Oggi stesso il sistema delle prove viene profondamente modificato dai mezzi enormemente accresciuti di documentazione e di accertamento, anche a distanza.

Si ricordi pure quanto il moderno sviluppo delle comunicazioni e dei trasporti ha influito per es. sulla citazione in giudizio, sull'esecuzione delle sentenze e su altre forme di procedura. Considerevole la ripercussione ch'esso ha avuto sull'istituto dell'assenza, come può rilevarsi dal confronto delle disposizioni relative del nostro codice civile del 1865 con quelle del codice del 1938-XVI.

Anche questo settore di *relatività* segna adunque aumento delle condizioni favorevoli a un sistema protettivo scientificamente meglio fondato e tecnicamente meglio assistito.

47. Nell'ambito di tutte le relatività di varia natura da noi passate sommariamente in rassegna, l'assolutezza del sistema protettivo dell'« economia della vita » e dei valori umani non ha mai conosciuto eclisse, anzi un crescendo continuato di autorità e di poteri. Questo crescendo è divenuto più celere, da quando lo Stato, come vedremo più innanzi (Cap. VIII), ha assunto il monopolio del pubblico potere. L'esercizio di questo monopolio che si assomma nella suprema potestà politica e ri-

veste il più spesso la forma dell'ordine giuridico, è comunque assistito dal concorso delle determinanti religiose e morali della condotta, anch'esse progredienti con la spiritualizzazione dei valori della vita. Massima è dunque l'efficacia di un sistema protettivo, dove tutti i comandi, siano essi politici, giuridici, religiosi e morali, convergano.

E infatti nelle antiche legislazioni, ad es. nel Decalogo di Mosè, comandi religiosi, morali e giuridici, venivano dati promiscuamente come espressioni diverse d'una medesima legge.

Poi si è compiuta una specificazione dei vari ordini di comandi, la quale non toglie ch'essi possano concordare. La differenziazione si è accentuata principalmente nei riguardi della sanzione. La premiazione o punizione divina assiste i comandi religiosi; l'approvazione o il rimorso della propria coscienza e la stima o la riprovazione sociale assistono i comandi morali; situazioni di vantaggio o pene afflittive e privative assistono i comandi politici e giuridici. Non si può per altro escludere che gl'indici dei vari ordini di comandi segnino divergenza.

Vogliamo quindi cercare di rispondere il più esattamente possibile alle tre seguenti domande: se c'è un limite entro il quale tutti i vari comandi d'un medesimo sistema protettivo *debbano coincidere;* quale la sfera di attività nel cui ambito essi *possono collaborare;* oltre quali latitudini le *divergenze sono anche astrattamente concepibili.* Naturalmente noi dobbiamo qui limitare l'indagine alle correlazioni tra il diritto e gli altri ordini di comandi,

escludendo le correlazioni di tali altri ordini di comandi fra loro.

48. Quella *certezza legale* che noi abbiamo constatata sin dalle prime approssimazioni come il fatto proprio dei comandi giuridici, ora che abbiamo considerato il diritto in funzione del sistema protettivo della vita e del mondo dei valori umani, dev'essere specificata come *certezza legale di effetti protettivi*. La dialettica dell'ordine giuridico diventa dialettica d'un'ordine protettivo universale. Il diritto non può compiere che funzioni protettive, cioè profittevoli, utili alla vita e ai suoi valori universali. Questo principio segna definitivamente le frontiere del diritto. A segnarle le funzioni categoriche concorrono e concordano puntualmente con le finalistiche.

Dei valori che appartengono all'economia della vita noi abbiamo dato un cenno distinguendoli in *valori biologici*, *valori economici* e *valori spirituali*. Vogliamo ora esaminare in primo luogo: come si comporta il diritto rispetto ad essi? Quali prende sotto la sua tutela?

Brevemente si può osservare, che delle tre specie di valori, i *valori biologici* sono assolutamente universali sia per riguardo ai soggetti titolari di essi, sia pel loro contenuto. La vita di ciascuno vale di fronte alla legge la vita d'ogni altro individualmente preso. Qui la protezione del diritto è assoluta e non conosce eccezioni. Essa abbraccia i nati, i nascituri e i concepturi ed è protezione civile,

nel conferire la capacità giuridica, com'è penale, nel punire i delitti contro la vita e l'incolumità individuale di ciascun « uomo », senza distinzione di nazionalità o razza.

I *valori economici* sono assolutamente universali per riguardo ai soggetti, relativi pel loro contenuto, Perciò il diritto li tutela indistintamente nei loro titolari (a chiunque appartengano), e limitatamente alla loro effettiva consistenza e spettanza. Universale è pertanto in tutte le legislazioni il divieto del furto e dell'appropriazione indebita. Inoltre poichè la vita è legata a un minimo indispensabile di beni economici, già il diritto romano regolava e la nostra legge civile regola (n. c. c. art. 427 a 442) gli obblighi di prestazioni alimentari in favore di coloro che versino in stato di bisogno e non siano in grado di provvedere al proprio mantenimento.

I *valori spirituali* sono assolutamente universali quanto alla loro spettanza personale, relativi quanto al loro contenuto. Il diritto li presume in ognuno, e ne assicura il rispetto generico, con una serie di norme indirette, a protezione del sentimento religioso, dell'onore, della libertà morale, ecc. Nel merito dei valori la legge non entra, salvo il caso che si svolgano attività contrarie all'ordine pubblico e al buon costume. Allora l'apprezzamento è di competenza del potere politico o di polizia, e la cognizione del giudice comincia quando quelle attività rivestano carattere di reati.

Concludendo su questo punto, si può dire che la

protezione giuridica dei valori umani è assoluta quando essi sono universali; si viene relativizzando quanto più essi diventano relativi. Questa conclusione conferma del resto ciò che abbiamo detto circa la natura categorica delle funzioni ordinanti, le quali non possono esserlo se non in un piano di universalità.

49. Passiamo ora a domandarci: con quali comandi il diritto compie la sua funzione protettiva e in quali relazioni essi stanno coi comandi politici, religiosi e morali pertinenti allo stesso sistema protettivo?

Osserviamo che in due modi il diritto può proteggere l'economia dei valori biologici, economici e spirituali: *vietando di nuocerle* e *comandando determinati modi di giovarle*.

Fermiamoci per ora alla prima funzione. Essa si esplica con *comandi proibitivi* o *negativi*: es. non ammazzare, non rubare, ecc. Qui la dialettica dell'ordine protettivo opera in tutta la sua assolutezza. Poichè l'ordine non può essere che universale, è assoluta l'impossibilità di elevare a comandi universali *atti e fatti lesivi* dei valori che l'ordine è destinato a proteggere.

Questa impossibilità è stata messa acutamente in rilievo da Kant, ma fu da lui attribuita in accordo col suo formalismo a una contradizione logica. Invece si tratta di qualche cosa di più, cioè d'una impossibilità di fatto; non d'una *contradic-*

tio in adiecto, ma d'una *oppositio realis* (1). Se tutti potessero liberamente uccidere in forza d'un comando universale, la vita stessa ne sarebbe distrutta, ma allora cadrebbe anche la possibilità di adempiere il comando di uccidere. Se tutti potessero legittimamente rubare, non esisterebbe più la proprietà, ma con questa verrebbe anche meno la possibilità di ottemperare al comando di rubare. Se fosse lecito non restituire a proprio arbitrio il deposito o non osservare un patto o mentire la testimonianza ecc., la conseguenza sarebbe l'abolizione dei depositi, dei patti, delle testimonianze e così via, donde anche l'impossibilità di fare di tali violazione altrettanti comandi universali.

Con questa reductio ad absurdum tocchiamo a un *limite assoluto*, a una vera frontiera esterna dell'ordine giuridico; limite che Celso esprimeva con sufficiente approssimazione, quando diceva: « quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt » (L. 188. 1. D. 50, 17).

Tale frontiera il diritto ha in comune con l'intero sistema protettivo e questa è la ragione per cui tutti i *divieti di nuocere*, siano politici o giuridici o religiosi o morali, coincidono. Tra tali comandi, comunque motivati, all'interno di un medesimo sistema protettivo non c'è solo convergenza, ma identità. Non ammazzare, non rubare, non dir falso

(1) La differenza è stata da noi più volte dimostrata. V. *Der Tugendbegriff bei Kant, Dissertationsschrift, Palermo*, 1901; *L'originalità di Kant*, Roma, 1905; *La morale economica e la morale del sacrificio*, Palermo. Atti della R. Università, 1911; *Prolegomeni alla scienza del bene e del male*, Roma, Optima, 1915.

testimonio, non danneggiare la cosa altrui, ecc., sono tanto comandi giuridici, quanto politici, religiosi, morali.

Allorchè dal divieto di nuocere passiamo al comando di giovare, e precisamente all'imposizione dei modi ritenuti profittevoli all'economia della vita e dei suoi valori, le alternative si moltiplicano e diventano proporzionalmente incerte. V'è per es. un largo margine tra neminem laedere e l'obbligo di soccorrere. La legge ha elevato a figura di reato l'*abbandono* di persone minori degli anni quattordici o incapaci per lo stato mentale o per vecchiezza (art. 591 c. p.) e l'*omissione di soccorso* (art. 593 c. p.). Ma sono pochi casi in cui debbono confluire determinate circostanze, mentre le occasioni e i modi di giovare positivamente alla vita sono nella loro indeterminatezza illimitati e non tutti possono diventare oggetto di comando giuridico, cioè universale.

Qui l'azione del diritto è guidata da scelte che, come abbiamo detto e ripetuto, decidono del momento costitutivo degl'istituti e corrispondono ad altrettante valutazioni. Queste non sono tuttavia nè arbitrarie nè estemporanee, ma orientate per lo più da esperienze millenarie. L'istituto della famiglia per es. come caposaldo dell'economia della vita è una creazione cui hanno collaborato la natura, il diritto, l'economia dei beni, la politica, la religione, la morale, la poesia e l'arte. Nessun surrogato escogitato da filosofi e riformatori, da Platone a Lenin, ha mai potuto nè mai potrà supplire al rapporto d'intima fedeltà per la vita tra uomo e

donna, e all'amore infinito, materno e paterno, senza del quale nessun pargolo potrebbe sopravvivere, crescere e iniziarsi alla vita sociale in una cerchia più bella e più santa.

Ad ogni modo la vita in sviluppo sotto le più diverse ispirazioni presenta tale ricchezza di alternative, che non è possibile di segnare pei *comandi positivi* una linea di demarcazione così netta come pei *comandi negativi*.

Visti gl'istituti giuridici nel loro ufficio positivo, cioè costitutivo di realtà umana e pertanto eminentemente protettivo della realtà stessa, le loro relazioni cogli altri ordini di comandi, religiosi e morali, sono regolarmente di collaborazione e mutua integrazione, ma debbono differire in corrispondenza alla diversa natura dei processi e possono anche in taluni casi divergere.

a) Stretti e continui sono i rapporti tra le *funzioni politiche* e gli orientamenti del diritto. C'è una *politica del diritto*, perfettamente intuita dal Vico, la quale orienta le scelte degli schemi dell'ordine giuridico principalmente nel loro senso costruttivo. Sono nessi così evidenti che non occorre esemplificare. Di particolare interesse nell'attuale fase dell'evoluzione giuridica italiana è la revisione in corso di tutti gl'istituti fondamentali del diritto civile in base a una concezione politica, che all'individualismo prevalso nella codificazione napoleonica e in quelle che la imitarono, sostituisce un criterio di socialità, di solidarietà irrecusabile e di responsabilità verso la collettività nazionale. Istituti che

sembravano intangibili, come ad es. la patria potestà, l'ius connubii, la proprietà, ne sono stati profondamente modificati.

Possiamo ad ogni modo qui concludere, che tra comandi giuridici e comandi politici non può esistere che convergenza. Dove una divergenza si manifesti, il potere politico può sempre coi mezzi a sua disposizione eliminarla.

b) Non meno stretti sono i nessi tra i *comandi religiosi* e l'ordine giuridico, benchè non più così esplicitamente e solennemente affermati come nella codificazione giustinianea. Tuttavia la secolarizzazione del diritto non gli ha mai tolto quel carattere di *sacralità* con cui il diritto è nato e che lo ha fatto considerare in ogni tempo nel suo insieme sacro e inviolabile.

L'enorme importanza che la vita religiosa ha sempre avuto nella vita dei popoli ha posto le esigenze peculiari dei culti sotto la protezione del diritto; ma a sua volta il diritto si è appoggiato alla coscienza religiosa, e non solo per averne un generico sostegno, ma per farne al bisogno un criterio specificamente giuridico. Tale è ad esempio l'ufficio che la legge civile attribuisce al *giuramento*, tanto probatorio, quanto decisorio.

La convergenza tra comandi giuridici e comandi religiosi può dirsi adunque assicurata. È totale nella lotta contro ogni volontà di nuocere. Segna parallelismo dal punto in cui lo Stato ammette la libertà religiosa. Ma può infine segnare eventualmente divergenza.

Infatti l'economia della vita che il diritto protegge è quella terrena e solo indirettamente si estende ai liberi modi di orientarsi verso una vita ultraterrena. Inversamente la religione concepisce la vita terrena in funzione dell'al di là. Essa governa un'*economia trascendentale della vita*. Perciò è storicamente avvenuto più volte, e in teoria non si può escludere l'ipotesi, che la cura degl'interessi ultramondani sia spinta fino a nuocere positivamente all'economia naturale della vita personale e associata. In tali casi è intervenuta e può sempre intervenire — in forza della clausola generale dell'*ordine pubblico*, e in ogni caso per il primato che la ragion politica ha sulla vita del diritto — l'azione correttrice delle leggi dello Stato.

c) Più ampia che tra religione e diritto è la convergenza positiva tra morale e diritto. È antica quasi quanto la filosofia la nozione d'una morale naturale, non codificata nelle leggi, ma iscritta nelle coscienze e che tuttavia guida le azioni umane più sicuramente d'ogni comando esterno. « Quaedam iura, osservava Seneca (*Contr*. I), non scripta sed omnibus scriptis certiora sunt ». È altrettanto antica la convinzione che il « lecito giuridico » possa essere eventualmente corretto da un giudizio morale (« non omne quod licet honestum est » sentenziava Paolo); ed anche integrato dalle norme del costume (« pleraque in iure non legibus sed moribus constant » — osservava Quintiliano — *Inst. or.* 5, 3).

Evvi dunque una stretta connessione, quasi sim-

biosi, tra etica e diritto. E infatti il diritto vigente non solo trae ispirazione e norma dalla morale sociale, ma la richiama a propria integrazione, dov'esso non giunga a precisare altrimenti i propri comandi.

Vi si ispira ad esempio nel divieto che la legge fa di obbligare la propria opera all'altrui servizio, se non a tempo o per una determinata impresa (c. c. art. 1628). La legge qui fa suo il postulato morale della libertà personale inalienabile e imprescrittibile. Altrettanto vi s'ispira, quando dichiara priva d'effetto l'obbligazione fondata sopra una causa illecita e definisce illecita la causa contraria non solo alla legge e all'ordine pubblico, ma *al buon costume* (c. c. 1104 com. 4, art. 1119 e 1222). Altrettanto quando dichiara nullo il consenso estorto con *violenza* o carpito con *dolo* e fa del dolo e della violenza motivo di nullità dei contratti (c. c. 1108 a 1115); quando prescrive che i contratti vengano eseguiti *di buona fede* (c .c. art. 1124) e attribuisce alla buona fede effetti giuridici ben determinati, come per es. nel matrimonio nullo (nuovo c. c. art. 126), nel possesso, sia di beni immobili (c. c. art. 701 a 706), e sia di beni mobili (art. 707), nella successione (c. c. art. 933), nei contratti fatti per mandato (c. c. art. 1759) ecc. In tutti questi casi il comando giuridico s'integra con una valutazione morale. Parimenti vi obbedisce quando minaccia effetti privativi e afflittivi per un agire positivamente immorale. Già nel diritto romano classico particolari disposizioni colpivano una con-

dotta disonorevole. L'editto pretorio *de his qui notantur infamia* (L. 1. D. 3, 2) stabiliva determinate incapacità non solo per chi avesse riportato certe condanne, ma per chi tenesse una condotta immorale. Anche l'istituto della *censura* aveva relazioni con la capacità civile e poteva avere per effetto una certa *deminutio* di questa (nell'ius suffragii e ius honorum) ancorchè temporanea. Ebbene, anche le nostre leggi prevedono varie interdizioni temporanee o perpetue, parziali o totali, per l'*infamia* cosiddetta *mediata*, cioè per avere riportato date condanne. Ma inoltre la nostra legge di Pubblica Sicurezza prevede delle restrizioni alla libertà personale per condotta riprovevole, anche se non s'incorra in delitti precisabili (T. U. 6. nov. 1926, art. 166 e 184). Altre norme di netta ispirazione morale e inapplicabili senza una valutazione morale sono: 1°) quelle che vietano la dissipazione del patrimonio e minacciano d'inabilitazione coloro che per prodigalità o per abuso abituale di bevande alcooliche o di stupefacenti espongono sè e la propria famiglia a gravi pregiudizi economici (n. c. c. art. 410); 2°) l'*actio ingratitudinis* che dal diritto romano si continua nelle disposizioni del nostro codice civile, ammettendo la revoca della donazione all'ingrato (c. c. art. 1078 e 1081) e stabilisce la sua indegnità a succedere (c. c. art. 725 e 727); 3°) la condanna d'una condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie, qualificata reato (c. p. art. 570). E così via.

sione di date controversie alla *prudenza* o all'*equità naturale*, come nell'accessione (c. c. art. 463), nella mezzadria (c. c. art. 1652), nel contratto di società c. c. art. 1718); ecc. ecc. In questi altri casi la norma non precisa concetti e criteri, perchè sfuggono a una concettualizzazione rigorosa, ma si appella ai dettami della coscienza morale comune.

50. Tutte queste correlazioni tra morale e diritto rafforzano la convinzione che siano due faccie o due gradi dello stesso processo. La verità è che una comune radice è all'origine di tutti i vari ordini di norme, i quali si fondono in un medesimo sistema protettivo e non solo non possono contradirsi, ma debbono cospirare tutti a quel medesimo fine. Infatti, nelle forme più energiche di protezione, cioè nei divieti di nuocere, l'identità dei comandi, lo abbiamo visto, è perfetta. Se non che quando l'economia della vita è fuori questione, comincia il problema dell'*impiego della vita,* problema al quale la religione e la morale, col subordinare tale impiego a un ideale, dànno soluzioni, che si proiettano oltre il semplice fatto della conservazione e dell'economia e possono giungere, non che alla completa dedizione della vita, al sacrificio totale di essa.

Questa riflessione ci indusse or è molto a proporre una distinzione tra una *morale necessaria* e una *morale elettiva;* tra una *morale per tutti* e una *morale d'eccezione;* tra una *morale economica,* cioè tutta intesa a presidiare l'economia della vita e dei

Oltre a seguire il dettato di comandi morali è frequente anche il caso che la legge richiami concetti morali a propria integrazione. Regolarmente essa comanda al mandatario, o all'amministratore della cosa altrui di gestire *da buon padre di famiglia* (c. c. art. 1224); oppure rimette la decisuoi infiniti valori, epperò universale; e una *morale del sacrificio* o *morale eroica,* che può anche condurre alla rinuncia suprema e senza compensi empirici, ma come tale non universalizzabile. In questo secondo caso entrano evidentemente in azione moventi d'ordine *mistico* e appartenenti a quella che abbiamo chiamato *economia trascendentale della vita.*

Questa tesi enunciata in un *Discorso inaugurale* all'Università di Palermo (1911) (1), non ha trovato, che io sappia, consensi. Le inaudite esperienze storiche di tutto un trentennio non hanno fatto che confermarmela. Non si può rinunciare alla vita puntando sulla vita. L'economia naturale della vita non può essere superata che in una mistica. E questo principio mi ha fatto, per esempio, definire la guerra « un misticismo in grande stile » (2), definizione accettata esplicitamente soltanto da D'Annunzio.

Questa posizione dottrinaria spiega anzitutto, perchè il diritto, sistema di comandi universali, non può seguire la morale in tutti i suoi sviluppi *elet-*

---

(1) V. *La morale economica e la morale del sacrificio* in Atti della R. Università di Palermo 1911, e poi nel Vol. *Gravia Levia* (Roma 1914).

(2) *La conflagrazione spirituale* (Roma, 1919). V. anche *L'opzione eroica* (ibid.).

tivi e non universalizzabili; spiega perchè il diritto, essenzialmente protettivo della vita, si arresta davanti al sacrificio eroico, che non può essere dalla legge nè universalizzato, nè comandato; perchè insomma oltre un certo piano di convergenza e di collaborazione che si limita a quella che io chiamo « morale economica » o « morale necessaria » il diritto e la morale elettiva debbono seguire vie proprie e possono divergere.

E d'altronde anche nel piano di convergenza e di collaborazione le leggi giuridiche e le leggi morali rivelano a un esame appena non superficiale, differenze, quando non pure divergenze, notevoli. Nella coscienza morale si elaborano le più squisite determinanti della condotta personale con una sensibilità, con un'iniziativa e sopratutto con un'imperiosità, che può obbligare la singola coscienza nel suo intimo, fin dove nessuna norma di diritto potrebbe penetrare. Il diritto fa invece per conto suo, fa quel che può, più che può, arriva dove può; ma è legato alla struttura dei suoi comandi, che procedono soltanto per concetti generali e per costanti o invarianze funzionali universali, inalterabili e ineccettuabili; e per questo trovano un loro limite, che non può essere valicato, nei concetti generali e negli schemi dell'ordine, che debbono essere in ogni momento traducibili in relazioni di fatto, per l'universalità dei soggetti e dei casi.

Torna qui la legge statistica delle grandi medie sociali. E la constatazione di Giuliano, che il diritto non può regolare tutti i fatti e rapporti umani, ma

soltanto « ea quae plerumque accidunt », è verificata. Tutto ciò che non è concettualizzabile in termini universali, nè disciplinabile per l'universale delle persone, delle cose e dei loro rapporti, non può mai diventare materia di diritto.

E ancora una considerazione. L'economia della vita è presidiata normativamente dalla economia dei beni, dal diritto, dalla politica, dalla morale, dalla religione, ma tutti questi comandi coi quali si vuol dare sicurezza e dignità alla realtà umana, svincolandola dalle dipendenze naturali e inalzandola nella scala ontologica dei valori; tutti questi presidi tendenti anche al superamento dell'economia pura e semplice in un cielo di determinanti superiori, debbono pur sempre fare i conti colla natura; ogni metafisica presuppone la fisica; ogni mistica ha il suo punto d'inserzione e di attacco nella vita qual'è. E la sentenza di Bacone: « natura non nisi parendo vincitur » esprime felicemente una conditio sine qua non di qualsiasi vittoria sulla natura.

Ora quando si dice « natura » si dice una certa realtà, che però non va intesa come sola realtà fenomenica, bensì come una realtà ch'è inscindibilmente fenomeno e noumeno, complesso di fattori noti e di inerenze ignote, di dipendenze esplorabili e di insondabili, di momenti razionali e d'irrazionali. Epperò tutti i propositi di trattare la realtà umana a base di concetti urtano bene spesso con elementi imponderabili e inconcettualizzabili, che operano nello sfondo delle nostre esperienze e di là

d'ogni nostro potere di analisi e di controllo.

Noi esercitiamo e amministriamo una certa economia riflessa della vita. Ma la vita in quanto fatto cosmico ha pure la *sua* economia, della quale noi ignoriamo quasi tutto. Noi scegliamo certe nostre vie. Ma anche la vita ha le *sue* vie.

L'economia dei beni e l'economia del diritto sono le due forme di economia umana più vicine all'economia naturale. Esse attuano infatti un primo e un secondo grado di libertà ontologica, e questi gradi, per molto che si levino, sono pur sempre obbiettivamente e strettamente condizionati. Le funzioni normative politiche, morali e religiose attingono invece gradi superiori d'incondizionalità obbiettiva (1), e per questo operano in sfere alle quali il diritto non può giungere. Le discordanze che noi abbiamo rilevato sin da principio tra aspirazioni morali e realtà giuridica hanno dunque la loro seria ragione in questo diverso livello, al quale l'economia della vita si svolge nei vari processi in cui si analizza il sistema protettivo. Il diritto e la morale, col loro attuare gradi diversi di libertà, pur collaborando fino a un certo punto segnato dall'universalizzabilità dei comandi, da quel punto debbono divergere. Alle idealità morali il diritto deve contrapporre il suo *realismo*, che tenta pur esso un superamento, ma a volo radente sulla terraferma di quella media moralità codificata nelle coscienze, nelle leggi e nella prassi; moralità che,

---

(1) V. *Nuovi principi*, Vol. I; *Il nuovo realismo*, Vol. III; *Verità dimostrate*, Vol. V.

pur nella sua modestia, rappresenta una lenta e faticosa conquista.

Abbiamo altrove fatto considerare (1), che nell'economia della vita anche l'egoismo deve avere una sua funzione, e che se tutta l'umanità si convertisse a un tratto all'altruismo più generoso, forse la conseguenza sarebbe un aumento generale di nevrosi, una decadenza delle volontà, e un abbassamento del potenziale della vita. Ecco per es. un punto sul quale morale e diritto debbono divergere: la morale colle sue liberalità dalle latitudini sconfinate; il diritto col suo realismo e rigorismo, con le sue continue cotropartite di dare e avere, persino negli atti di liberalità. È certo che in questo il diritto è più di ogni altro sistema normativo aderente all'*economia naturale della vita.*

51. Abbiamo così dato una precisa risposta alle tre domande circa il limite di convergenza, la zona di collaborazione e le latitudini di divergenza fra i vari ordini di comandi del sistema protettivo in rapporto al diritto.

Possiamo anche farci ora un'idea più precisa delle *possibilità* e *impossibilità* del diritto. Noi le abbiamo sin qui considerate sotto l'aspetto della struttura logico-categorica e dialettica dei comandi giuridici. Siamo oramai in grado di aggiungere: 1°) che il diritto non può nulla contro l'economia della vita e dei suoi valori; 2°) che per la stessa dialettica del

---

(1) V. *Prolegomeni alla scienza del bene e del male*, Roma 1915.

processo protettivo in sviluppo il diritto può e deve evolvere da un'economia più ristretta e malsicura a un'economia più ampia e più salda.

Quelle due grandi direttrici che noi abbiamo notate nella dialettica dell'ordine, portanti a estendere la funzione del diritto a sfere sempre più larghe di soggetti con elevarli a un medesimo rango di fronte alla legge, e ad allargare parallelamente la cerchia degl'interessi protetti, seguono esattamente le spinte dell'economia della vita e dei suoi valori in aumento, onde si realizza che l'economia più sicura e feconda è la più generosa, la più ricca di potenziale umano e di valori umani.

La dialettica dell'ordine, dicevamo pure, diventa *logica dei valori*. È questa una logica che pur appoggiandosi alla logica dei concetti non ne dipende, nè procede per induzione e deduzione, bensì in via associativa e costruttiva.

Per una rispondenza essenziale tra le funzioni mentali che più si approssimano all'intima dinamica delle esperienze e le attività più utili alla vita, tutto quello che abbiamo detto dello sviluppo d'un sistema di pensiero coerente, secondo i principi di non contradizione, compatibilità e ragion sufficiente, vale per la logica dei valori. Questa non si compone a piramide secondo lo schema dei rapporti tra generale e particolare, ma a sistema. E in un sistema tutte le parti sono solidali e da ogni punto si arriva ad ogni punto, perchè un sistema è tutto in tutto.

Questa la logica dei valori, ch'è anche la logica del

diritto, ancorchè nell'orbita del diritto positivo, ch'è un prodotto storico con molte *stratificazioni* — come ha bene rilevato il Mazzarella — si possano trovare discontinuità e contradizioni. Le quali tuttavia rarissimamente si osservano nell'ambito di un istituto giuridico. Tendenzialmente i valori giuridici evolvono verso un massimo di coerenza, che non è sola coerenza di concetti, ma compatibilità e armonia tra i valori protetti.

Più specialmente c'è da notare, che quella *struttura duale dei comandi giuridici,* alla quale abbiamo già accennato (da non confondere con la *teoria dei due soggetti*), corrisponde alla *struttura duale dei valori* in genere e d'ogni sistema di valori. Ad ogni valutazione positiva ne corrisponde una negativa. Perciò anche qualunque sistema protettivo di valori deve svolgersi tra il polo positivo dei valori protetti e il polo negativo di tutte le realtà contrarie e vietate. Ne risulta definitivamente chiarita la ragione per cui il diritto compie la sua funzione non soltanto ordinante ma protettiva *iubendo et vetando* (Cicerone, *De leg.* 1, 42).

52. Proteggere l'economia della vita è promuoverla, perchè la vita, non perturbata, sviluppa da sè le sue misteriose e profonde ragioni.

Il diritto concorre all'incremento di questa preziosa realtà anzitutto col preservarla da ogni atto e fatto lesivo. Di qui i *comandi proibitivi,* che sono certamente quelli più sicuramente efficaci.

Vi concorre inoltre disciplinando gl'istituti o

tipi d'ordine, che sono un prodotto di esperienze più volte millenarie e abbisognano sempre di revisione e di aggiornamenti con le mutate esigenze del vivere sociale e personale, ma sostanzialmente seguono una traccia nettamente segnata, dalla famiglia, istituto primordiale, alle più vaste consociazioni e organizzazioni umane costituite per la cultura associata dei valori della vita. Qui la verità del diritto può dirsi *sperimentale* e per quanto *statistica*, cioè *probabilistica*, deve dirsi comprovata e conclamata in ogni caso per le più grandi medie sociali e storiche. Certa cosa è che entro gli schemi dell'ordine giuridico la vita ha progredito sempre e che tutti i tentativi per deviare l'assetto dell'economia della vita da taluni capisaldi affermatisi nei secoli e nei millenni sono miseramente falliti lasciandosi dietro cumuli di rovine umane. Nessun potere mancò, per es., all'esperimento comunista compiuto nel nostro tempo, col programma di spostare totalmente l'economia della vita dalle sue basi millenarie; eppure mai fallimento fu più completo. Dopo un ventennio di tentativi fra i più spregiudicati e assistiti da una potestà illimitata, il comunismo in Russia ha dovuto ripiegare sull'intero fronte delle sue tesi istituzionali, e ha dovuto cedere il posto a una nuova costituzione tutta intesa a restaurare i diritti elementari del vivere: la proprietà personale e domestica, la tutela dei risparmi, il diritto successorio, la libertà di coscienza e di culto, la gerarchia naturale tra gli uomini, l'amore di patria, la fedeltà al proprio Stato.

Nell'economia della vita e dei suoi valori possiamo dunque vedere il fondamento universale e perenne di qualsiasi ordinamento politico e giuridico, comunque ispirato. Tutta la realtà umana ne dipende, vi è legata nella sua stessa esistenza e in ogni suo sviluppo, per un minimo insopprimibile di condizioni necessarie, sino a un massimo desiderabile di condizioni propizie.

Questa funzione del diritto positivo, compresa tra quel minimo e questo massimo, ci dà modo d'intendere finalmente la funzione del *diritto ideale*, il quale ha brillato in tutti i tempi alle menti, come bisogno di superamento dello stato di fatto in un ordine più giusto e più equo. Chi avesse voluto in ogni tempo precisare il proprio ideale giuridico, non avrebbe potuto farlo altrimenti che disegnando uno stato di più generosa economia della vita e dei suoi valori, con la più larga possibile partecipazione di soggetti umani che ne fossero esclusi. Ancora oggi chi voglia dare definizione a un ideale aggiornato del diritto, non potrebbe che auspicare uno stato di più generosa e universale economia della vita e dei suoi valori.

Dalle costituzioni sociali primordiali agli ordinamenti più progrediti, il *diritto ideale* adunque, o che se ne avesse o no chiara coscienza, è stato sempre aspirazione a un'economia di tutta la realtà umana più sicura e più ricca di valore. Questo il contenuto effettivo del *diritto ideale*. E si può dire anzi che di esso si è avuta una nozione tanto più vaga, indeterminata evanescente, vaporosa, quanto più la real-

tà storica se ne discostasse e viceversa una nozione più concreta e positiva, quanto più è apparsa a volta a volta realizzabile quella certa *giustizia sociale*, di cui si sentiva il bisogno e intravedeva la possibilità.

Con questo innesto tra diritto ideale ed economia della vita e dei valori umani, non c'è più bisogno d'insistere in un platonismo in ritardo. L'ideale, senza rimettere nulla della sua nobiltà, si riempie di determinanti precise o precisabili; si relativizza secondo la giustizia sociale che può essere effettivamente praticata; ma non si esaurisce in nessuna situazione storica, avendo sempre innanzi a sè nuovi margini da conquistare; nè mai perde il contatto colla realtà, pur sollecitandola con spinte assidue a superarsi; ci serve da unità di misura per valutare e graduare tutti i progressi da ciascun ordinamento giuridico compiuti, e addita al tempo stesso le più alte mète prossime e lontane che sono ancora da raggiungere.

Con questa *storicizzazione dell'ideale del diritto* non intendiamo negare il problema della sua *trascendentalità*, ma solo spostarlo. Come abbiamo detto a proposito del *realismo* nel diritto (v. *Introduzione*, IV), la dimensione trascendentale è una proprietà e condizione insopprimibile del processo di cui la vita e la coscenza partecipano coll'intera somma dei loro valori empirici e metempirici. In questo rapporto tutta l'immanenza si salda nella trascendenza e la massima positività delle nostre ideazioni non sopprime, ma pone in termini nuovi, il

problema delle relazioni della fenomenologia di qualsiasi ordine collo sfondo noumenale della realtà sperimentata.

Questa relazione era erroneamente concepita, quando siffatto sfondo veniva a identificarsi con una certa proiezione di concetti empirici, qualificati come ideale; mentre è una relazione che sovrasta a ogni nostra possibilità di concettualizzarla.

Solo nel nostro modo di concepire il diritto ideale, esso acquista una consistenza concettuale e una efficienza storica, pur lasciando impregiudicato il problema delle più profonde ragioni, che operano sulla vita al coperto da ogni nostra esplorazione.

Quali che possano essere intanto le vedute al riguardo, su una funzione del diritto, ch'è nella più stretta e continua relazione coll'economia della vita e dei valori umani, non può esservi la più piccola ombra di dubbio; ed è la sua *funzione pacificatrice.* Il diritto è un vincolo di pace fra gli uomini. Ciò ch'è giuridico è pacifico.

Possiamo spiegarci questa funzione del diritto nei modi più vari, movendo da una concezione trascendentalista o naturalistica, da una concezione mistica o utilitaria. Possiamo persino dubitare nei singoli casi della bontà e giustizia d'un dato comando giuridico; sta in fatto che la sua definizione certa, per cui esso è al di fuori d'ogni pratica contestazione — dura lex sed lex —, offre, per lo meno, elementi sicuri alle nostre previsioni e risoluzioni entro i limiti di quel dato rapporto, pacifico dunque pur esso, anche se sfavorevole.

Alla *pacificazione sociale* e ai conseguenti benefici d'una cultura ordinata e solidale dei valori della vita il diritto ha portato praticamente il contributo più poderoso ed efficace.

Lo ha portato nel campo istituzionale, sopratutto collo sviluppo del diritto processuale civile e del diritto penale, vale a dire con quel grandioso processo di progressiva solidarizzazione dell'ordine con tutte le situazioni particolari e private compromesse o lese, e di graduale sostituzione dell'intervento della pubblica autorità all'*azione diretta* fra privati. Questa diventa, anche nel caso migliore, *esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, ed è ormai definitivamente proibita, salvo il solo caso di violenza immediata e altrimenti inovviabile, in omaggio al principio: « vim vi repellere licet ».

Lo ha poi portato elaborando una serie di princìpi, istituti e criteri giuridici, il cui scopo diretto è quello di porre fine a contestazioni o incertezze intorno alle situazioni di diritto e di collocare i rapporti sociali su una base di fiducia e di accordo necessario.

Alla pacificazione sociale sono infatti intese le norme che concernono:

a) le *presunzioni legali*, prima fra tutte quella per cui « res iudicata pro veritate habetur »; il principio per cui la buona fede nei negozi giuridici si presume; la presunzione che assiste la filiazione legittima; la serie delle presunzioni circa la *validità* o *nullità* di dati atti e così via;

b) le *prescrizioni*, cioè le condizioni stabilite dal-

la legge per le quali decorso un dato tempo si acquista un diritto o si è liberati da un'obbligazione; cessa una responsabilità o si estingue una pena;

c) tutti i *divieti* coi quali sono protette le situazioni di fatto e di diritto. Tale la classica procedura degl'*interdetti*, con tutte le azioni moderne che ne sono derivate, in ispecie quelli di reintegrazione, in omaggio al principio spoliatus ante omnia restituendus; e le azioni contro le turbative di possesso; la denuncia di nuova opera e l'azione di danno temuto; il divieto, cui si è già accennato, dell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni; il divieto di prescrivere contra legem; il rifiuto di sanare posizioni illecite; il divieto di locupletarsi ex aliena iactura; e così via.

d) le *amnistie* e gl'*indulti*, *generali* e *parziali*, quelle per estinguere l'azione penale, questi per condonare condanne riportate; e infine la *grazia sovrana* in casi particolari.

Questi pochi cenni debbono persuadere della forza di penetrazione colla quale il diritto ha proseguito, nel più fitto intrigo dei rapporti umani, la sua opera di pacificazione; opera alla quale la legge sovrintende coi suoi rigori e coi suoi benefici; presumendo in ogni caso che alla pacificazione siano più profittevoli i benefici anzichè i rigori, epperò proclamando in termini universali il principio da valere per tutta la legislazione e per l'intera attività giurisdicente: « beneficia sunt ampianda, odia restringenda ».

Capitolo VII

AUTONOMIA ED ETERONOMIA DEL DIRITTO

53. A riepilogare i risultati di tutte le indagini sin qui condotte, vogliamo tentar di dare una chiara risposta a una questione, che sotto diversi aspetti si riproduce da più di due millenni, ricevendo quasi invariabilmente due soluzioni antitetiche. La questione in termini generalissimi può formularsi così: se il diritto abbia in sè tutte le ragioni della propria esistenza e del proprio sviluppo — tesi dell'*autonomia del diritto* —; o se esso compia soltanto un ufficio subordinato attingendo le proprie statuizioni ad altre sfere di comando, la politica, l'economia, la morale, la religione — tesi dell'*eteronomia del diritto* —.

La prima tesi a presentarsi nella storia del pensiero occidentale è quella dell'eteronomia, naturalmente in un'epoca di crisi degl'istituti tradizionali, non prima discussi pel loro carattere sacro, e sostituiti da leggi di evidente origine umana. Quando

l'autorità dei vecchi ordinamenti sociali e politici è scaduta e quella dei nuovi non è ancora abbastanza affermata, sorge facilmente l'idea di attribuire le leggi all'arbitrio degli uomini.

Sembra che il tarentino Archelao abbia per il primo, col realismo caratteristico dei pensatori italici, attribuito l'origine delle leggi a convenzione, θέσει.

Hippia, uno dei maggiori fra i Sofisti, deve avere avvertito nella legge qualche cosa di *tirannico* e di *contronatura* per l'uomo. Altri Sofisti quali Polo, Trasimaco, Callicle, dovevano tirare le ultime conseguenze del relativismo individuale dalla sfera del conoscere al mondo morale, e sviluppare il concetto di *relatività del diritto*, già insegnato da Protagora, dandone un'interpretazione che anticipava in qualche modo il materialismo storico. Le leggi sono fatte dai forti e potenti per la loro utilità. I deboli a loro volta accettano il diritto per proteggersi dall'arbitrio.

La reazione socratica, in fiera polemica coi Sofisti su tutti i campi, affermò la tesi dell'*autonomia*, introducendo una distinzione. È vero che esiste un giusto per convenzione o creato dalla legge, θέσει *ovvero* νόμῳ δίκαιον; ma al di sopra di qualsiasi relativismo c'è un *giusto per natura*, φύσει δίκαιον, assoluto e immutabile. Esso è registrato in leggi non scritte, ἄγραφοι νόμοι, impresse in ogni coscienza d'uomo, nella sua ragione.

Questa dottrina, che Socrate suggellava colla propria morte, riceveva il massimo sviluppo attraver-

so il *trascendentalismo* di Platone e il *realismo* di Aristotele, cioè le due posizioni teoretiche che alternativamente o congiuntivamente hanno dominato sino alla soglia del nostro tempo.

La concezione platonica, che tutto il mondo sensibile non sia se non un riflesso imperfetto d'un mondo ideale, doveva riprodurre questo dualismo anche nella sfera del diritto, opponendo alla inovviabile imperfezione delle leggi umane la perfezione ideale d'un diritto assoluto, divino.

La magistrale analisi aristotelica della *giustizia* ne riconduceva le funzioni dal cielo alla terra e fra gli uomini, conservandole, pur nella necessaria contingenza empirica, una inderogabile assolutezza. La specificazione della giustizia in *distributiva* rispetto alle persone e *pareggiatrice* (aequatrix, come tradusse Vico) rispetto alle cose, e la sottodistinzione della giustizia pareggiatrice in *commutativa* negli scambi e in *compensativa* nelle contese, rimase classica per la seducente armonia delle sue linee e per avere introdotto nel funzionalismo del diritto criteri obbiettivi di *proporzione* e di *misura* (aristotelico è l'*hominis ad hominem proportio* di Dante).

Tanto dal platonismo quanto dall'aristotelismo emergeva dunque la convinzione d'una legge universale e assoluta del giusto, invariabile ad arbitrio di chicchessia. La sofistica era debellata, la tesi dell'autonomia vittoriosamente asserita. Gli Stoici le davano in sèguito uno sviluppo inatteso, riprendendo l'insegnamento dei Cinici, dell'identità della na-

tura razionale di ogni essere umano, donde l'attributo di κοσμοπολιτής dato da essi a ciascun uomo, quale cittadino del cosmo; e svolgendo questa concezione coll'insegnare, che esiste una *unica ragione cosmica*, di cui tutti gli uomini sono partecipi, sicchè non esisterebbe se non *un solo diritto e un solo Stato universale*, di cui ciascun uomo, dotato di λόγος ὀρθός, è cittadino, al pari degli Dei, che pure essi allo stesso Stato appartengono.

Cicerone traduceva il λόγος ὀρθός degli Stoici definendo « vera lex *recta ratio,* naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna »; e questo concetto rimase fondamentale non pei soli Stoici da Seneca a Marco Aurelio (il quale riconobbe al diritto soltanto origine divina, ἐκ τοῦ Διός), ma per tutta la giurisprudenza romana, sino a Giustiniano.

Nessun popolo era per altro più del romano disposto per natura, contro ogni sofistica, a coltivare il principio dell'autonomia e della santità del diritto.

La tesi dell'eteronomia venne tuttavia ripresa contro gli Stoici, dai loro naturali antagonisti, gli Epicurei, i quali professarono in tutto dottrine opposte a quelle della Stoa. Per un patto sociale sorge lo Stato, per convenzione il diritto, che non obbedisce se non a motivi di utilità e di opportunità e serve principalmente a impedire le aggressioni, cui l'uomo allo stato di natura era continuamente esposto.

Le varie dottrine autonomiste dell'antichità confluirono nella concezione tomista del diritto, la qua-

le movendo dalla *giustizia assoluta*, attributo della divina perfezione, concepì la *lex aeterna* del giusto come il fondamento della legge positiva, definita « quaedam rationis ordinatio ad bonum commune » (S. Theol. II, 91, 2). Solo per partecipazione e nella misura di tale partecipazione alla *lex aeterna* la legge naturale può dirsi giusta: « Lex naturalis nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali creatura » (S. Theol. Quaest. 91, 2). Platone e Aristotele si sommavano in S. Tommaso.

Non che la tesi dell'eteronomia tacesse affatto neppure nel Medioevo. Essa aveva una singolare riviviscenza in dottrine di mistici compresi della concezione agostiniana dell'infinita trascendenza di Dio, ai quali repugnava porre limitazioni umane alla illimitata libertà e agl'imperscrutabili consigli della Provvidenza. Ad essi pareva più confacente postulare che Dio nella sua onnipotenza e infinita saggezza avesse potuto stabilire a suo arbitrio il bene e il male, il *giusto* e l'*ingiusto*. Contro costoro polemizzava S. Tommaso, quando dimostrava che Dio avrebbe dovuto contradire se stesso per invertire i termini della *giustizia assoluta*.

La tesi dell'autonomia tornò a trionfare nel giusnaturalismo dei secc. XVII e XVIII, il quale rese il diritto indipendente dalle argomentazioni teologiche. Il giusto è e dev'essere ritenuto tale, « etiamsi daremus... non esse Deum », affermò Grozio. Al diritto di origine divina come fondamento del diritto positivo, veniva a sostituirsi il « diritto na-

turale ». Per altro molti giusnaturalisti non omisero neppure di ricollegare il diritto naturale a Dio. Così Pudenforf, Thomasius, Bodinus, H. ed S. Coccejus, e per tutti Chr. Wolff: « Lex naturae est etiam lex divina ».

Un'originale sintesi platonico-aristotelica di trascendenza e di positività storica si compiva nella mente del Vico. Egli fondava il diritto universale su un'idea di giustizia assoluta, quale Dio stesso non potrebbe sovvertire, ma interpretava inoltre la storia del diritto romano come un processo esemplare di rivelazione progressiva della giustizia ideale nel mondo umano, a cominciare dalle maggiori ferocie del « diritto eroico » sino al trionfo dell'equità. Il medesimo ciclo si sarebbe ripetuto e si ripeterà infinite volte nella storia eterna che corre in tempo (1).

Il Razionalismo da Cartesio a Leibniz e a Wolff, con la sua dottrina delle *idee innate*, che non era se non una trasformazione del trascendentalismo e dell'innatismo platonico, ebbe un facile modo di dimostrare, che anche le idee del *bene* e del *giusto* sono innate, quanto la stessa idea di Dio, tutte conoscibili coll'aiuto del semplice criterio cartesiano dell'*evidenza* o *lumen naturale*. All'idea della legge, deducibile dalla natura umana, bastava per Pufendorf «rationis homini congenitae lumen». La stessa « inclinazione alla società » doveva essere ritenuta innata e derivante da Dio. Innato il di-

(1) V. il mio saggio su G. B. Vico nel vol. II: *Celebrazioni*,

ritto per Chr. Thomasius, e deducibile immediatamente dall'idea di Dio: « legum omnium fons est voluntas divina ». Innato il diritto naturale per Leibniz, e indissociabile dalle idee morali e religiose. Perciò l'ius naturale « ex sola ratione naturale sciri potest », nei suoi tre gradi: « ius strictum, aequitas, pietas ».

Mentre la tesi dell'autonomia del diritto così trionfava, non disarmava neppure la contraria dell'eteronomia. Basti ricordare l'Hobbes, il quale pur definendo il diritto soggettivo « libertas quam quisque habet facultatibus naturalibus *secundum rectam rationem* utendi » (*De cive*, I, 7), riprendeva da Epicuro la dottrina dell'origine del « corpus politicum » da un contratto sociale allo scopo di far cessare il « bellum omnium contra omnes » dello stato di natura, e rimetteva all'assolutismo politico impersonato per finzione dal sovrano la facoltà di determinare anche il giusto e l'ingiusto. Spinoza lo seguiva nel considerare gli uomini per natura nemici tra loro: « sunt homines ex natura hostes », nell'attribuire l'origine della società a un contratto e nell'ammettere il trasferimento d'ogni potere al dominante munito d'« imperium optimum ».

Tra il sec. XVIII e il XIX i termini del problema subirono una profonda trasformazione in seno alla filosofia critica inaugurata da Kant.

Kant non soppresse l'innatismo platonico e razionalista, ma lo spostò dai contenuti delle « verità di ragione » alle *forme a priori* del conoscere e

del concettualizzare. Anche la *legge morale*, innata anch'essa nella nostra ragione, subì la stessa trasformazione e divenne rigorosamente e assolutamente *formale*. Tutta l'autonomia della ragione morale sarebbe in questa struttura soltanto formale della legge, perchè ogni contenuto ch'essa assuma, appartiene ai fini concreti ed è *eteronomia*. Il diritto seguì la morale nel suo *formalismo* e da un lato perdette la propria autonomia rispetto alla morale, dall'altro ne acquistò una nuova, in quanto divenne *forma* anch'esso, o insieme di condizioni destinate a garantire la coesistenza degli arbitri personali sotto la legge universale della libertà.

L'idealismo assoluto di Hegel ribadì questa posizione subordinata e quasi *tecnica* del diritto rispetto all'Idea che si esteriorizza e si fa storia nel divenire politico ed etico dello Stato. Il diritto obbiettivamente inteso è un prodotto dello sviluppo dialettico dell'Idea che avviene per tesi, antitesi e sintesi ed è la realizzazione della libertà nella società; subbiettivamente si fonda sulla personalità libera, nella quale si riflette per altro fino a immedesimarvisi la sostanza morale dell'Idea.

La *Scuola storica*, che con Hugo, Savigny, Puchta, Bluntschli, Lerminier, ecc. svolse le sue dottrine in polemica tanto col giusnaturalismo, quanto coll'hegelianismo, concepì il diritto come un « prodotto organico dello spirito d'un popolo » e spiegò che per questa ragione alle origini tutto il diritto è « consuetudinario ». Di conseguenza relativizzò tutto il diritto, spogliandolo di quegli attributi di asso-

lutezza e universalità, che tanto il giusnaturalismo, quanto l'idealismo (benchè in polemica tra loro) gli avevano concordemente conferito, e spianò la via alla concezione, ancora oggi viva, dei *diritti nazionali*. Alla stessa conclusione giungevano per vie proprie la sociologia e l'etnologia giuridica, impostate sull'evoluzionismo universale e più aderenti alla concreta molteplicità e irriducibile varietà della fenomenologia giuridica.

Ricollocato così il diritto alla dipendenza di una complessa somma di fattori, la tesi dell'eteronomia tornava a dominare, specialmente nel positivismo giuridico della seconda metà del sec. XIX. Essa doveva aver poi un'inaspettata impostazione da una singolare propaggine dell'idealismo hegeliano, la dottrina marxista del *materialismo storico*. Tale dottrina faceva del diritto, insieme colla morale, colla religione, colla politica, una dipendenza dall'*economia dei beni*. Questa concezione doveva trionfare e compiere le sue esperienze storiche nella rivoluzione leninista, sino al suo completo fallimento e alla sua liquidazione staliniana (1).

Per salvare ancora una volta il principio dell'autonomia del diritto, è stato ripreso nell'ultimo quarantennio il tentativo della filosofia critica, di svuotare il diritto d'ogni contenuto empirico, d'ogni correlazione politica, economica, morale, ecc., e di mettere in evidenza soltanto quel momento *formale* e *tecnico* del diritto, che può essere da tut-

(1) V. il mio saggio: *La fine del comunismo in Russia*, in « Gerarchia », Milano 1938-XVI, n. 8.

ti ritenuto come specificamente suo e insopprimibile. Questa è oggi la tesi che ha più favore presso i giuristi puri. E così i termini si sono rovesciati e semplificati. Per Kant autonoma non era che la legge morale e tutto il resto era eteronomo rispetto ad essa. Autonomia significa oggi per il diritto la specificità dei suoi schemi inalterabili e indifferenti al contenuto; eteronomia ogni influenza derivante da ragioni morali, politiche, religiose, economiche.

54. Questa rapidissima escursione storica ci dice due cose.

La prima, che la tendenza propria d'una certa fase dell'evoluzione mentale, tipicamente espressa dal platonismo, dall'innatismo, dal realismo scolastico, a entificare il diritto, a ipostasizzarlo, a ontologizzare i concetti di « giustizia », « equità » ecc., conformemente alla ritenuta « sostanzialità » dei concetti e delle parole, ha perduto via via terreno, cedendo il posto a un esame concreto rivolto principalmente alla *fenomenologia giuridica*. All'età metafisica del diritto è succeduta un'età scientifica. Ed è importante rilevare, che anche il neocriticismo giuridico, sorto in opposizione al positivismo del sec. XIX, non ha abbandonato neppur esso la terraferma della positività, ancorchè abbia circoscritto le proprie indagini alle « forme » costruttive del diritto, positive in ogni modo altrettanto quanto ogni altra componente di esso.

La seconda è, che nelle diverse epoche dell'evoluzione filosofica l'accento dell'*autonomia* è stato

posto quando sulla religione, quando sul diritto, quando sulla morale, quando sulla politica, quando sull'economia, secondo il prevalere degl'interessi di vario ordine, ai quali s'è attribuito il primato su tutti gli altri; per esempio: il primato della ragione religiosa nella filosofia scolastica, il primato della ragione giuridica nel giusnaturalismo, il primato della ragion morale nel kantismo, il primato della ragione economica nel marxismo, il primato della ragione politica nel nazionalismo.

Comunque l'autonomia del diritto, ancorchè in una scala ridottissima, non ha potuto essere mai contestata , senza rischiare di sopprimere il concetto stesso di diritto; mentre l'eteronomia radicale ha avuto spesso una funzione rivoluzionaria, alimentando la persuasione che a fondare un ordine nuovo bastasse una nuova legge. La rivoluzione russa ha già scontato questa illusione.

A convincere ognora di nuovo dell'autonomia del diritto hanno concorso potentemente, nel tratto di storia della cultura occidentale da noi passato in rassegna, almeno due motivi: l'uno costante e universale, ed è stato il bisogno imprescindibile di superare ogni precarietà, ogni fase di transitoria instabilità e di normalizzare le relazioni sociali con quella *certezza* che soltanto il diritto, nella sua incoercibile autonomia, è in grado di assicurare; l'altro di natura storica, tutto proprio del nostro mondo occidentale ed è stato l'esempio della monumentale costruzione del diritto romano. Prodotto di tutt'un'epoca che potrà essere propriamente chia-

mata l'*età giuridica* dell'umanità, il diritto romano ha resistito al mutare dei tempi e degli evi, conservando una vitalità intatta e un potere ordinante ognora efficace. Veramente la fortuna del diritto romano in ogni secolo ha potuto rafforzare la convinzione dell'assolutezza, universalità ed eternità del diritto. G. V. Gravina traeva di lì la sua concezione d'un « diritto naturale eterno ». G. D. Romagnosi vi fondava la sua superba concezione dell'eterno *imperialismo* di Roma.

A convincere dell'eteronomia del diritto hanno invece mosso, in circostanze ricorrenti, le esperienze delle sue relatività, imperfezioni, insufficienze, lacune. Quante volte un tipo o sistema d'ordine si è rivelato contrario all'economia della vita di sfere sociali più ampie di quelle protette, s'è venuto determinando un moto rivoluzionario da parte delle forze umane anelanti a un ordine nuovo ed alla conquista del potere per realizzarlo. La secessione dall'ordine compromesso con gl'interessi già prevalsi, ma ora contestati, convince di solito a rigettare in blocco anche le funzioni acquisite all'ordine e di portata e utilità universale, e a ricominciare da capo con una *instauratio ab imis*.

55. La tesi dell'autonomia aggiornata dagli odierni formalisti o logicisti, risponde affermativamente alla domanda: se il diritto abbia in sè tutte le ragioni della propria esistenza e del proprio sviluppo; solo che essi le riducono agli aspetti e momenti *formali* e *tecnici* del diritto.

Essi sorvolano sul fatto, che mettendo a conto della *forma* del diritto tutte le sue virtù, trasfondono in essa, senza avvedersene, quella *sostanzialità,* quel potere arcano che Aristotele assegnava alla *forma-entelechia.* Il loro autore non è Aristotele, essi si fermano a Kant e ad Hegel, ma non riflettono che Kant ed Hegel, colla loro teoria miracolistica della *forma* nella morale e nel diritto, erano dei peripatetici in ritardo. Oggi le teorie di avanguardia nella filosofia giuridica esibiscono come una novità di zecca la teoria del *diritto-forma,* ma rappresentano, a mio giudizio, le ultime ondate della risacca d'un peripatetismo hegelianizzato.

Dopo tutto quanto abbiamo potuto stabilire nel corso delle nostre indagini sulla struttura dei comandi giuridici, sulla dialettica dell'ordine e sulla funzione del diritto nel sistema protettivo dell'economia della vita e dei suoi valori, ci sembra superfluo confutare ancora l'asserzione, che il diritto consista in una *forma vuota* indifferente al suo contenuto e all'ufficio ch'è chiamata a compiere.

Senza voler compromettere il rigore di quello schematismo strutturale, che anche secondo noi esiste ed è tipicamente giuridico, sarebbe semplicistico gratificare, come molti fanno, di eteronomia rispetto al diritto tutte le sue determinazioni che non siano quella sua struttura logico-categorica nuda e cruda.

Invece tutto quanto abbiamo potuto constatare circa le funzioni protettive del diritto e le loro

differenze dalle funzioni protettive d'altro ordine, per es. dalla morale e dalla religione, ci autorizza a concludere, che evvi anche un contenuto specificamente giuridico nel diritto; contenuto che non può essere nè dedotto nè isolato dalla struttura dei comandi giuridici, nè trasferito ad altre categorie di comandi. Il diritto è tutto diritto per l'appunto in queste sue funzioni non astrattamente ordinanti, ma ordinanti in senso protettivo della vita e dei suoi valori. Il diritto è tutto diritto, in quanto consente di raggiungere un grado di libertà ch'è specificamente ed esclusivamente giuridico, mediante la dominazione delle circostanze e la disciplina delle volontà; grado ch'esso riesce ad attuare nelle vie proprie al di sopra delle dipendenze obbiettive della vita, le quali comandano in noi e fuori di noi.

Ciò non vuol negare le correlazioni. Sarebbe un altro astrattismo.

E noi di correlazioni ne abbiamo indicate parecchie, pur senza chiudere gli occhi sulle discontinuità ed eventuali divergenze dei molti processi normativi, che entro certi limiti fanno ciascuno per conto proprio. Concediamo anzi che il quadro di tali correlazioni da noi disegnato, con le varie zone di coincidenza, di collaborazione e di eventuale divergenza, non è semplice, nè armonico. Ma se la molteplicità è nella realtà umana, perchè la teoria dovrebbe essere semplice? Se la realtà umana è discorde, perchè la teoria dovrebbe essere monocorde? Se la vita nella sua ricchezza si svolge anche nella sua apparente unità a differenti livelli, perchè la

teoria dovrebbe costringerli tutti su un medesimo piano?

È un fatto incontestabile, che a ciascun livello o processo o grado di libertà, che dir si voglia, corrisponde almeno un modo tipico della vita, che non può essere nè soppresso, nè alterato, nè sostituito. Nulla può ad es. surrogare nella lotta per le conquiste economiche la molla dell'*interesse personale*. Nulla può nell'ordine giuridico sostituire la *certezza legale*, ch'è l'asse del diritto. In politica nulla può supplire la *volontà di potenza* di tutto un popolo, ov'essa manchi o vacilli. Nella vita morale nessun movente può prendere il posto dell'*amore umano*, degli affetti naturali o elettivi, vissuti in sincerità e pienezza. Poesia e arte non esistono neppure ove manchi l'*estro creatore*. Nessuna forza può sopprimere o sostituire il *sentimento religioso* di dipendenza dall'Assoluto trascendente,

La specificità di tutti questi processi non toglie certo che si possano stabilire tra loro piani di convergenza; ma sarebbe un errore o una superficialità ignorare le possibilità di direzioni divergenti e favoleggiare di una unità della vita, che non esiste se non tendenzialmente e che in ogni caso non può essere rapportata che alla *soggettività*, teatro delle manifestazioni e vicende più varie. Con assicurazioni sommarie e con giudizi frettolosi non si spiegano i contrasti interni, le crisi di coscienza, i conflitti di scelta tra interessi o doveri opposti, le antinomie pratiche.

In quanto al processo che si attua nella sfera del

diritto certa cosa è, che esistono e possono svilupparsi piani di convergenza tra i comandi giuridici e tutti gli altri processi della vita personale e associata. Ma il diritto fa da sè o non è diritto. Dipende certo da altre determinanti, ma a sua volta determina pragmatisticamente orientazioni della vita nella sua totalità; nè può alterare in un modo qualsiasi la propria tecnica sui generis senza annullarsi. Quando le determinanti di qualsiasi natura e provenienza siano penetrate nella dialettica dell'ordine giuridico, assumendone la struttura e funzione, il diritto le ha già fatte proprie, ha loro conferito il crisma della propria potenza e realtà, le ha dotate della propria assolutezza; e cioè d'una assolutezza che basta a se stessa e non ha bisogno se non della forza imperativa dell'ordine giuridico per vivere nel circolo vitale cui attingono vigore in perfetta autonomia tutte le certezze utili, che solo l'ordine giuridico può imporre.

Rispetto agli altri sistemi normativi, dei quali il sistema protettivo si compone, il diritto, per quanto gli è confidato di valori della vita, assume un ufficio vicariale, ch'esso svolgerà con un'autosufficienza completa; s'intende fin dove possono giungere i suoi schemi d'ordine necessariamente universali. Ma nella propria sfera di comando, l'autonomia del diritto è assoluta e non è soltanto *formale*, ma *sostantiva*.

I valori umani che riescano a diventare valori giuridici, sono retti, governati, amministrati dal diritto in tutta l'estensione in cui può bastare la fun-

zione protettiva del diritto. Dove il diritto è conscio della relatività e dei limiti delle proprie funzioni, chiama a propria integrazione la forza del potere esecutivo, la forza dei comandi morali, la forza delle credenze religiose. Ma pure in questi casi è sempre il diritto che determina e precisa, nella sua piena autonomia i concorsi e gli ausili necessari nelle circostanze, nei modi e nella misura esattamente previsti dalla legge.

Svuotate gli schemi del diritto di questo loro contenuto di vita e non significano più nulla. Essi diventano dei moduli mentali tanto arbitrari, quanto inutili. Niente giustifica più le loro scelte nè le valutazioni cui queste obbediscono; niente autorizza più quelle norme all'ufficio disciplinare che pretendono di assumersi.

Questa nostra conclusione intorno all'autonomia del processo giuridico riabilita le definizioni sostantive che sono state date in ogni tempo del diritto, pur se non ne accettiamo le interpretazioni ispirate alla tradizionale mitologia dei concetti. Quell'identificazione che è stata ognora fatta di *diritto* e *giustizia*, pur dovendo essere corretta non solo nelle sue molte relatività storiche (da noi pure additate), ma anche in quella *relatività funzionale*, che noi abbiamo potuto determinare, limitando l'efficienza del diritto al secondo grado di libertà nella scala ontologica dei valori; ebbene quell'identificazione non solo è perfettamente giustificata, ma, nell'ambito di tutte le relatività, verificata.

Il diritto non ha mai potuto essere, nè potrà mai

essere altro che *giustizia*: limitata, circoscritta, relativizzata quanto si voglia, ma sempre ed essenzialmente *giustizia*.

Si può aspirare a una giustizia umana meno fallibile, a una giustizia sociale sempre più larga e vantaggiosa; ma non si può pensare senza contradizione che il diritto non abbia dovuto e potuto ademgiere tassativamente al compito di attuare tra i titolari dei valori protetti un massimo di giustizia invocata e possibile. Il diritto nasce sotto il segno della giustizia o non nasce affatto.

Giunti a questa constatazione rileggiamo con cresciuto rispetto talune definizioni del diritto di quei maestri romani che hanno più collaborato alla sua edificazione. Celso citato da Ulpiano sentenziava: « ius est ars *boni* et *aequi* » (L. 1 pr. D. 1, 1): *ars*, tecnica certamente! ma non formalismo irreale e assurdo, bensì arte guidata dalla *iusti atque iniusti scientia;* la quale era poi, per lo stesso Ulpiano: « humanarum divinarumque rerum notitia ».

Cicerone aveva insegnato: « hoc verissimum esse, sine *summa iustitia* rempublicam geri nullo modo posse » (*de rep.*). E Seneca aveva soggiunto: « legem dicimus iusti iniustique regulam esse » (De *ben.* IV c. 12). E Paolo collocherà al disopra dell'ius civile « omnibus aut pluribus in quaque civitate utile », un ius naturale « quod semper aequum ac bonum est ».

Capitolo VIII

LO STATO

56. Fin qui noi abbiamo potuto trattare dei diversi ordini di norme che regolano la vita associata e personale, l'ordine politico, il religioso, il morale, il giuridico; e inoltre abbracciare in un concetto unitario di *sistema protettivo* tutte le funzioni di tutela e incremento della economia della vita e dei valori umani, lasciando nell'indeterminazione il *soggetto* titolare di tutti questi processi. Solo quando potevamo farlo senza ambiguità, nè compromissioni teoriche, abbiamo accennato secondo i casi, a una « volontà generale » o « collettiva », all'« aggregato o gruppo sociale », alla « pubblica autorità », al « pubblico potere » a funzioni accentrate o monopolizzate dallo « Stato ».

Questa indeterminazione è stata voluta: in primo luogo perchè ci siamo proposti di mettere in evidenza i momenti di vera universalità dei processi studiati, con riferimento a tutte le società umane

in ciascuna fase della loro evoluzione; e in secondo luogo perchè siamo convinti che la questione della *soggettivazione* o *titolarità* dei processi da noi descritti non consenta una soluzione univoca e definitiva.

Qui le vedute teoriche molto divergono, e quali fanno centro di tutti i processi la *società*, quali lo *Stato*. Noi aggiungiamo che debbono divergere, secondo che abbiano più presente l'una o l'altra fase dell'evoluzione delle collettività.

Inoltre, mentre i *processi*, visti nel loro costrutto relazionale, si possono in qualche modo ridurre a un certo schematismo funzionale costante, salvo la crescente complessità dovuta al momento evolutivo; i *soggetti* di tali processi invece sono lungi dal potersi dire uniformi, omogenei e quanto meno stabili. Ben più, essi variano ancora, vorremmo dire sotto i nostri occhi; sono impegnati in fasi di diversificazione e di complicazione che continuano ancora oggi; non hanno raggiunto tutti, nè tutti egualmente, un assetto che possa farli considerare alla stessa stregua.

Ben inteso, si può volendo imbastire sempre un concetto generale e conglobarvi tutto; e coloro che non ammettono se non la *società* assorbendovi lo Stato, o lo *Stato* assorbendovi la società, fanno così. Noi siamo del parere che in questo modo si ottiene una certa economia di parole, ma non si guadagna in conoscenza e s'ingenerano equivoci.

Gli assimilatori e i generalizzatori sono poi regolarmente degli unilaterali e dei confusionari. La

confusione è, per esempio, evidente negli autori che pur di raggiungere una loro definizione unitaria, a furia d'ipertrofizzare le somiglianze e col passar sopra alle differenze, chiamano *Stato* ogni rudimentale forma di costituzione sociale, mettendo insieme la famiglia arcaica, la tribù, la gens, il clan, la sippe, il mir, ecc. e trattandoli alla pari collo Stato moderno più evoluto. La confusione è in autori come Kelsen, Merkl, ecc., che, a furia di semplificare, non sanno più distinguere tra una obbligazione nascente da un contratto privato (es. pagare un debito) e un dovere pubblico nascente da una norma costituzionale (es. prestare il servizio militare); o come Renard il quale nega ci sia differenza tra il diritto costituzionale dello Stato e gli statuti d'una qualunque società privata, da lui definiti *diritto costituzionale privato*. Non parliamo di coloro che si rifiutano di distinguere tra una società civile e una congrega di malfattori. Essi ignorano che, appena fuori dell'universalità d'un sistema protettivo dei valori della vita, siamo fuori del diritto. Trattate così le questioni o diventano di parole o sono pregiudicate dal partito preso di agguagliare entità grandemente eterogenee. Noi ci ricordiamo anche a questo proposito dell'insegnamento di S. Tommaso secondo Aristotele: « scire est valde distinguere ».

57. Mettiamo intanto subito in guardia contro gli antropomorfismi e le sostantivazioni cui dànno luogo la nostra concettualizzazione tradizionale e il

nostro stesso linguaggio, tutto imperniato in soggetti e predicati sotto il predominio della categoria della *sostanza* (1).

Quando perciò parliamo di *società* e di *Stato*, avvertiamo che intendiamo riferirci a dati ordini di processi, non già a personificazioni, a entità antropomorficamente costituite. E quando parliamo di *soggettivazione* e di *titolarità* tanto di processi quanto di diritti, ne intendiamo discorrere nel senso dell'attribuzione di date funzioni e del conferimento di dati poteri a determinate sfere di realtà umana.

Premesso ciò riteniamo utile distinguere tra fatti sociali in genere e organizzazione politica; e pertanto riserviamo il concetto di Stato a « un principio di organizzazione politica, che a un certo momento dell'evoluzione di un dato aggregato sociale vi assume la direzione suprema del *sistema protettivo* della vita della collettività, reggendone in conseguenza i rapporti esterni e interni ».

In tal modo possiamo anche prescindere dalla preistoria, che d'altronde bisognerebbe calcolare a centinaia di migliaia d'anni; possiamo seguire il sorgere e l'affermarsi dello Stato in epoche storiche; darci ragione della sua presenza e della sua mancanza, del come e perchè della sua supremazia, del suo diversificarsi, delle sue vicende passate e dei suoi sviluppi in corso.

Poichè un fatto è certo, che neppure dopo che

---

(1) V. *Nuove vedute logiche* (vol. IV).

lo Stato quale principio di organizzazione politica è inequivocabilmente costituito, esso ha avuto dovunque eguaglianza e costanza di funzioni e di poteri. Bisogna giungere al mondo moderno per poter parlare d'un progressivo incremento dello Stato, per altro non pacifico, anzi fortemente contrastato, sì nei fatti e sì nella dottrina.

58. Le grandi mutazioni che la realtà politica ha compiute nel nostro Occidente si riflettono naturalmente nella grande varietà di definizioni che dello Stato sono state date dall'antichità classica ad oggi.

Platone ed Aristotele descrivevano certamente un tipo di costituzione sociale ellenica, in cui le funzioni politiche non erano ancora differenziate dalle altre attività sociali, quando davano della *πόλις* una definizione naturalistica e parlavano indifferentemente della società e dello Stato trattando i due termini *κοινωνία* e *πόλις* come sinonimi. La celebre definizione aristotelica dell'uomo animale politico (*ζῷον πολιτικόν*) non voleva affatto significare *politico* nel senso proprio, ma semplicemente *sociale*, come si dice di ogni altro animale che per sua natura vive in società. Così Platone assomigliava lo *Stato-società* a «un organismo in grande»; e Aristotele lo considerava come « un prodotto naturale » e lo definiva « la comunanza che contiene tutte le comunanze particolari ». Le successive formazioni, dalla famiglia alla consociazione più vasta, erano dovute a un allargarsi dello stesso « vin-

colo sociale naturale », sino a costituire la πόλις ch'è « la sola comunanza a se stessa sufficiente (*societas perfecta* dissero poi tutti i seguaci di Aritotele sin quasi ai nostri giorni), che cioè possiede l'autarchia e si genera per la vita ed esiste per la felicità ».

Cicerone invece aveva presente la *res publica romana* quando diceva « civitas est constitutio populi », dove il concetto di populus, che originariamente era *militare* e significava *esercito*, si staccava nettamente da quello di *familia* e di *gens*.

S. Tommaso si riferiva certamente alla società medioevale saldamente gerarchizzata in ogni sua sfera, quando definiva alla maniera d'Aristotele lo Stato o indifferentemente la « civitas... communitas perfecta », e la legge: « quaedam rationis ordinatio ad bonum commune ad eo qui curam communitatis habet promulgata ».

Ma Grozio, nel riprendere parte da Aristotele parte da Cicerone la sua definizione: « est civitas coetus perfectus liberorum hominum iuris fruendi et communis utilitatis causa sociatus », annunciava già, pur adoperando le medesime parole e frasi, una società nuova e i nuovi tempi. Il suo concetto rimaneva fondamentale per l'Illuminismo europeo; in accordo col quale Kant definiva lo Stato « l'unione di una moltitudine di uomini sotto la legge del diritto » ovvero « quel rapporto degli uomini fra loro che contiene le condizioni sotto le quali ciascuno può fruire del suo diritto »; e Fichte rincalzava: « Lo Stato è un'isti-

tuzione coattiva alla sola condizione di assicurare la più alta libertà di tutti ».

Il tratto profondamente utilitario e individualista della vita inglese ha avuto esplicita espressione in Locke, quando egli limitava i compiti dello Stato alla « mutua conservazione della vita, della libertà e dei beni »; e ancora nel sec. XIX in Spencer, il quale, malgrado gli sviluppi considerevoli che le funzioni sociali dello Stato erano venute assumendo, si contentava della « difesa e sicurezza » e solo limitatamente e occasionalmente ammetteva compiti statali di « aiuto e cooperazione ».

Invece il legittimismo politico di cui la santa Alleanza aveva bisogno per la Restaurazione dei regimi assolutisti, al cui servigio si mobilitava in Prussia anche la filosofia contro il giusnaturalismo individualista e rivoluzionario, toccava nella dottrina di Schelling e di Hegel dello *Stato etico* i vertici dell'Assoluto. Lo Stato diventava per Schelling « scopo a se stesso quale manifestazione della Vita assoluta », « l'obbiettivo ed esterno organismo della vita morale », « la più alta sintesi della libertà e della necessità nell'ordine reale ». E per Hegel lo Stato era « la realtà dell'Idea etica », « lo Spirito etico che si pensa e ha coscienza di sè e compie ciò che sa di sè e in quanto lo sa », « il razionale in sè e per sè », « fine a se stesso »; sicchè « nello Stato e solo in quanto membro dello Stato l'individuo ha la sua piena realtà e obbiettività, ch'è vera razionalità », ha cioè « tutta la sua verità e moralità ».

Altrimenti in Italia, ove la reazione all'individualismo razionalista della Rivoluzione francese prese la via del *principio di nazionalità* e della concezione romagnosiana dello *Stato nazionale*, divenuta fondamentale per il romanticismo storico e giuridico. Romagnosi definiva il nuovo Stato, ch'egli per il primo veniva disegnando, « Stato di autorità che ha la più completa responsabilità verso la Nazione » e per compito « una grande tutela accoppiata a una grande educazione (1) ». Analogo concetto, benchè meno preciso, veniva svolgendo la Scuola storica, che in opposizione tanto al giusnaturalismo quanto all'hegelianismo definiva con Savigny lo Stato: « la forma corporea della spirituale comunione nazionale, l'organica espressione e manifestazione d'un popolo ».

Malgrado le grandi variazioni dottrinali, riflettenti un evidente mutarsi delle situazioni storiche, v'è un punto su cui tutte le teorie dello Stato hanno espresso un concorde pensiero, ed è la *funzione di sicurezza e di difesa* che incombe allo Stato verso l'esterno e la *pace* ch'esso deve attuare ed eventualmente imporre all'interno. Su questo punto le corrispondenze fra le più diverse dottrine sono testuali. Per il liberista Pufendorf lo Stato è sorto « ad pacem et securitatem communem »; per l'assolutista Hobbes, « ad pacem et defensionem communem »; per il romantico Fichte da un

(1) Cfr. il mio saggio *G. D. Romagnosi* in *Celebrazioni* (vol. VII).

« contratto di *difesa* e di reciproca *sicurezza* di tutti ». E la serie potrebbe continuare.

59. Secondo la nostra veduta lo Stato in senso proprio, e cioè come principio di organizzazione politica nei termini da noi definiti, nasce in tempi storici, quindi in epoche, rispetto alla preistoria, recentissime e la sua evoluzione è iniziata, ma non compiuta. Perciò in questa fase l'azione conta più delle teorie.

Quanto all'origine precisiamo, ch'essa ha luogo in data non certa, ma che tuttavia è chiaramente riconoscibile al differenziarsi di talune funzioni specificamente politiche. Secondo la nostra opinione essa avviene quando su qualsiasi assetto sociale a base gentilizia si sovrappone *un'autorità nuova* e *una gerarchia diversa* da quella fondata sui rapporti di consanguineità (agnatio e cognatio) o assimilati ad essi.

Non abbiamo, è vero, difficoltà a riconoscere col Bonfante e con tutti coloro che lo hanno seguito, che le antiche costituzioni gentilizie, compresa la *familia,* fossero entità complesse aventi una sostanziale similarità con «organismi politici». Basti pensare alla sovranità assoluta che nel loro àmbito godevano il *pater familias* e il *pater gentis* e agli uffici sacerdotale, giudiziario ed al bisogno militare ch'essi vi adempivano. Con ciò nondimeno non si può parlare di uno Stato, neppure in nuce.

Lo Stato sorge quando talune di quelle funzioni sovrane passano a un'*autorità nuova,* che per la

prima volta nella storia umana acquista la potestà di esercitarla ineccepibilmente al di fuori e al di sopra delle gerarchie familiari e gentilizie.

Possiamo anche ammettere in linea d'ipotesi, che la nuova autorità abbia potuto sommarsi per qualche tempo con quella, poniamo, d'un *pater familias* o d'un *pater gentis* ed essere combinata e condivisa con l'autorità di altri patres; ma il fatto assolutamente nuovo è ch'essa sia stata conferita ed esercitata non in virtù d'un vincolo di consanguineità, ma indipendentemente da esso, anzi, dicevamo, al di fuori e al di sopra di esso.

E precisiamo anche subito che *militare* fu la prima autorità trasferita alla nuova entità, *militare* la prima funzione assegnatagli. Lo Stato nacque con questa e per questa *funzione guerriera*, non prima.

60. Non pretendiamo di descrivere appuntino come le cose siano andate. Qui la storia è costretta a inventare... e « fortuna che c'è avvezza », come insinuò Manzoni. Ma per molti indizi riteniamo di non andare errati attribuendo il sorgere e affermarsi della nuova autorità alle necessità della guerra, anzi alle continue guerre che dati gruppi etnici dovettero sostenere per difendere o estendere *in comune* le basi terriere della loro esistenza. Si consideri anche che la terra nulla valeva senza le braccia destinate a lavorarla, dunque senza schiavi dedotti da popoli vinti.

Che quei gruppi etnici si collegassero più facilmente anche in ragione della loro comune appar-

tenenza a un medesimo ceppo originario o ad uno stesso *totem*, era certo possibile; anzi sarà stato questo il caso più frequente. Nonpertanto giunge sempre un momento, massime per effetto di notevoli accrescimenti demografici, o per connessioni territoriali e commerciali, o per diritto di conquista, o per l'allargarsi delle rivalità da gruppi localmente circoscritti a intere razze contrapposte; nel quale il rimedio delle piccole alleanze eventuali non basta più e bisogna ampliare il blocco rinsaldandolo con una *federazione* fra tribù eterogenee. La lega dei Ramnes, Tities e Luceres, di cui è tramandato il ricordo con quello dei primordi di Roma, ebbe probabilmente una causa simile.

E in termini generali non esitiamo a dire, che, mentre il *contrattualismo*, supposto atto di nascita della società umana, da Epicuro ad Hobbes, a Rousseau, ecc., era certamente una favola, non c'è alcuna inverosomiglianza ad ammetterlo in linea di ipotesi in tempi storici per la genesi dello Stato nella sua prima forma di *confederazione tribale*.

61. Una cosa mi pare ad ogni modo indiscutibile, ed è che la prima organizzazione di un vero e proprio Stato, della quale possediamo una sufficiente e non equivocabile documentazione nella storia di Roma, è *militare*. L'*imperium*, primo e sommo potere e fonte di tutti i poteri futuri dello Stato, è un potere militare; comunque esercitato da un solo capo o da due o da più, a vita, a turno, da collegi, ecc., tuttavia sempre *indivisibilmente* e *in*

solido. E militare è il titolo d' *imperator militiae*, come si disse prima, od *imperator princeps* o puramente e semplicemente d'*imperator*, quando questo titolo compendiò tutti gli attributi della sovranità nel capo dello Stato.

Militare il titolo di *rex*, che voleva dire « ordinatore delle schiere». Militare il concetto di «populus », che voleva dire « esercito » (« populari » era la devastazione che un esercito compiva). Il populus, corpo militare, veniva prima dei patres nel diritto d'investire il suo capo supremo già all'epoca dei re; sicchè tutti i re di Roma, ad eccezione degli Etruschi conquistatori, regnarono « iussu populi auctoribus patribus ». Dopo la cacciata degli Etruschi la formula « senatus populusque romanus » ristabilì definitivamente l'abbinamento dei patres con l'esercito nel rappresentare la massima autorità della *res publica*.

Militare il primo ordinamento delle tribù e delle relative *curiae* (co-viria), preso a base delle formazioni o unità guerriere. Militari le prime magistrature, *tribuni celerum*, *militum*. Militari le prime assemblee politiche, i *comitia tributa* e i *comitia curiata*, poi anche i *centuriata*. In essi le varie unità tattiche dell'esercito, del populus, intervenivano inquadrate nei loro ranghi, per tribù, curie e centurie, colle loro insegne e, nei primi tempi, colle loro armi, e votavano per gruppi di armati: assemblee militari dunque, nelle quali invano si cercherebbero alle origini funzioni legislative d'un'epoca posteriore, mentr'esse avevano certamente

poteri per decidere intorno alla guerra, alla pace, alle alleanze ed eventualmente compivano funzioni giudiziarie attraverso la *provocatio ad populum*, appello all'esercito, nei casi di condanne capitali per tradimento, *perduellio*, o per uccisione, sembra, d'un pater o *parricidium*, cioè d'un capo non soltanto civile, ma militare.

Perciò è rimasto strettissimo in tutti i tempi, fino ai nostri giorni, il nesso fra le prestazioni militari e l'*ius suffragii*. E si spiega facilmente come il primo passo all'ammissione dei plebei nella cittadinanza romana sia stato un foedus o patto che fissava anzitutto i loro contingenti militari.

Tutte le loro conquiste di diritti civili e politici furono conseguite a prezzo di prestazioni belliche e di vittorie in campo. Per la guerra coi Volsci la plebe impose al patriziato la magistratura di propri *tribuni e edili*. Dopo respinta l'invasione degli Equi fu approvata la tanto contrastata rogazione Terentilla. Dopo nuova guerra coi Sabini e cogli Equi ottenne la plebe le famose leggi Valerie-Orazie e poi la Canuleia. E le rogazioni Licinie-Sestie e via via tutte le altre che condussero al totale pareggiamento dei due ordini furono conquistate in seguito a nuove guerre contro Equi e Volsci ed Etruschi ed Ernici e Latini. A loro volta gli Italici chiesero la cittadinanza romana in base alle loro prestazioni militari nelle guerre *esterne, servili* e *civili*, e l'ottennero colla *guerra sociale*.

Tutta la storia di Roma è del resto una storia guerriera. La guerra era la sola occupazione degna del-

l'uomo libero. Gl'indegni e gli schiavi ne erano esclusi. Non è, come narrano gli storici, che l'urbe condita dovette *poi* combattere contro Sabini e Latini, ecc. Roma fu fondata *per* combattere contro i nemici delle stirpi, che in essa si confederarono e organizzarono, militarmente prima, politicamente in conseguenza. Perciò tutti i suoi ordinamenti furono sin dal primo suo nascere guerrieri, dal rex al populus.

Chè se il rex ebbe anche *ufficio sacerdotale* e a lui spettavano principalmente gli *auspicia*, con cui interpretare la volontà degli Dei nelle decisioni di supremo interesse generale, queste funzioni non erano un che di aggiunto per accidens, ma un'integrazione necessaria del suo titolo di capo supremo e condottiero, e un'estensione naturale degli analoghi attributi, che anche capi minori, nell'orbita della loro più ristretta autorità, avevano, e che a maggior ragione dovevano essere riconosciuti al *nuovo* capo di tutti.

Lo stesso si dica delle *funzioni giudiziarie* del rex che, come qualunque altro capo, piccolo o grande, doveva nel proprio ambito amministrare giustizia, decidere controversie, dirimere conflitti, condizione necessaria questa per pacificare i gruppi all'interno e renderli compatti contro i nemici esterni.

Non dunque dalle funzioni sacerdotali o giudiziarie bisogna giudicare l'ufficio del rex, ma dal suo potere di capo militare; le altre ne erano un corollario. Ammettiamo pure che in questo modo si venivano a trasferire nel rex con un perfetto pa-

rallelismo le stesse potestà sacerdotali, giudiziarie e militari che il pater familias o il pater gentis avevano entro la propria sfera di competenza; ebbene il fatto nuovo, il fatto rivoluzionario nella storia non era nella naturale congiunzione di queste funzioni tra loro, ma nella loro attribuzione, per la prima volta e in aperta rottura col costume, all'infuori e al di sopra di tutte le naturali gerarchie familiari e gentilizie.

Persino la circostanza che il rex abbia dovuto coordinare la propria azione con le decisioni dei *collegi di auguri e di pontefici*, conferma che non tutti i poteri gli erano stati riconosciuti, ma in prima linea quelli indispensabili, ch'erano specificamente militari.

E infine il fatto che la vita delle singole gentes sottoposte al rex continuava ad essere retta dai loro mores, e che il potere legislativo del rex, d'altronde esercitato con molte correlazioni, era ristretto anzitutto alla costituzione politico-militare che, come quella di Servio Tullio, si fondeva con la classificazione dei possessi terrieri e con la ripartizione proporzionale degli oneri militari e dei tributi; questo voleva dire ancora, che la supremazia del nuovo capo consisteva principalmente nello stabilire le ordinanze dello Stato in funzione della guerra. Le altre competenze ne derivavano per necessità e vi erano commisurate secondo opportunità.

62. Ci siamo soffermati a illustrare questo momento guerriero costitutivo dello Stato, perchè

l'*imperium*, esercizio esclusivo e assoluto del potere militare, è il vero crisma della nuova autorità emersa non dalle naturali gerarchie, nè da situazioni precostituite, ma da quelle create selettivamente ed elettivamente dall'infallibile vaglio della guerra. Il monopolio guerresco è il primo e fondamentale titolo dello Stato e tale è rimasto nei secoli e nei millenni. Altre funzioni si aggiungeranno, e vedremo quali e quante; ma tutte saranno assunte con la stessa imperatività, con la stessa assolutezza, come per sviluppo dell'*imperium* militare, il quale rimane d'altronde sempre pronto a ripresentarsi nella divisa della forza pubblica a fianco d'ogni altro comando dello Stato per assisterlo ed eventualmente imporlo, a confermare l'unità, la medesimezza, l'inscindibilità del pubblico potere sovrano.

Lo Stato nasce armato. Nel suo primo insediarsi, si può dire sia lo stesso esercito che, reduce da una guerra, rimane accampato per distribuire le terre, le spoglie e le genti conquistate, dirigere la cosa pubblica — la res publica — nell'interesse di tutti coloro che hanno combattuto e concorso a costituirla, difendere in comune i beni di tutti, prepararsi a sostenere l'urto di altre guerre. Per questo la nuova autorità, tosto che si sia affermata, è circoscritta al regolamento delle situazioni patrimoniali, cioè terriere, e delle future prestazioni militari. Per necessaria connessione vi si aggiunge il mantenimento della pace interna. La disciplina giurisdizionale si associa intuitivamente alla discipli-

na guerriera. Su tutte le altre sfere di vita sociale, che continuano a svolgersi nelle forme e con le norme del costume, lo Stato non esercita che una generica tutela. Solo quel che poteva essere argomento di contestazione, diritti patrimoniali e diritto processuale, sollecita le più antiche manifestazioni del *potere legislativo* dello Stato. Così si spiega come, nonostante ogni incremento del potere dello Stato romano, taluni istituti giuridici fondamentali, sufficientemente regolati dal costume, poterono giungere quasi intatti nel loro prestigio di diritto consuetudinario fino alla Codificazione giustinianea.

63. Lentamente, per gradi e non senza lotte, l'autorità dello Stato s'è venuta allargando dalla guerra alla pace, benchè sempre colla stessa assolutezza d'imperio, ma anche soltanto a proporzione del bisogno. Era naturale che, sorta la nuova e più alta autorità, tutto il sistema protettivo dell'economia della vita dell'aggregato sociale passasse sotto la sua più energica tutela, non soltanto nei momenti più critici della difesa esterna, ma per l'incremento del potenziale umano normalmente sottoposto alla difesa dello Stato.

Nondimeno le sfere di vita sociale munite d'un autogoverno sufficiente (financo pel regolamento delle contese!), hanno resistito finchè hanno potuto all'autorità dello Stato; sicchè questo ha potuto ampliare i suoi interventi solo nella misura in cui gli altri sistemi normativi scadevano d'autorità e di-

ventavano manifestamente inidonei a reggere la mutata realtà sociale.

Se dunque noi vogliamo farci un concetto esatto dell'intero sistema protettivo dell'economia della vita e dei valori umani, nei riguardi dell'autorità che vi sovrintende; dobbiamo riconoscere che, storicamente parlando, tutte le funzioni protettive di cui una società ha avuto sempre bisogno, pena la dissoluzione, sono state nei tempi storici confidate a un'*autorità composita* di più poteri normativi; e che questi poteri, pur essendo medesimamente orientati verso il fine comune, non sempre sono stati ben connessi, talvolta anzi in gara e persino in urto fra loro. Essi si possono ridurre a tre: il potere dello *Stato* per una certa somma di funzioni imprescindibili di difesa esterna e di ordine interno; l'*autorità religiosa* per un suo sistema di determinanti superiori della condotta, assolutamente precettate; e la forza del *costume* e dell'*etica sociale* per quei centri di autogoverno affidati alla tradizione e al libero giuoco delle relazioni elettive ed affettive.

Ma se consideriamo l'evoluzione dello Stato nella sua linea ascensionale, dobbiamo dire che lo Stato è venuto assumendo la suprema direzione del sistema protettivo sull'aggregato sociale nella sua totale consistenza biologica, economica e spirituale. Questa evoluzione ha reso irriconoscibile lo Stato moderno, se confrontato colle prime incerte organizzazioni del potere politico. E nondimeno un

medesimo imperium anima le realizzazioni più limitate e le più estese e complesse dello Stato.

64. Siffatta evoluzione, che nel nostro Occidente s'è venuta delineando con ritmo accelerato dalla seconda metà del secolo XVIII, cioè dall'avvento dei « Prìncipi riformatori » e dei « governi paterni » ad oggi, non s'è compiuta, come abbiamo accennato, senza contrasto, nè nei fatti, nè nella dottrina.

Non nei fatti, perchè non c'è mai stato assetto sociale precostituito, per quanto difettoso, che non realizzasse un qualche suo tipo d'ordine e non avesse una sua giustificazione in base a un quantum di legittimità degl'interessi protetti. Senza voler cascare nel facile ottimismo della relatività storica, situazioni assolutamente arbitrarie non sarebbero mai potute durare. Di conseguenza ogni innovazione nell'ordine protetto ha dovuto per forza di cose spostare situazioni almeno in parte legittime e utili, provocare reazioni, dar luogo a riadattamenti laboriosi, non mai disgiunti da disagio e da perdite, ancorchè sorretti dalla speranza d'un futuro migliore.

Non nelle dottrine, chè nessun istituto come lo Stato ha visto contrapporsi tante tesi e così antitetiche. Per limitarci all'epoca stessa dell'incremento delle funzioni statali dalla metà del sec. XVIII ai nostri giorni, la concezione dello Stato è rimasta oscillante almeno fra tre direttrici: l'*anarchia,* tesi totalmente abolizionista; il *liberalismo,* tesi tem-

perata; e l'*assolutismo politico*, tesi totalmente assertiva.

La prima ha rigettato in blocco tutta la storia svoltasi sotto la guida dell'organizzazione politica e giuridica delle collettività giudicandola una deviazione dallo stato di natura e reclamando il ritorno puro e semplice a un'immaginaria primordiale libertà assoluta. Tesi disperata, soltanto negativa, arbitraria, lanciata all'inseguimento d'una illusione: la vita senz'ordine, che non è mai esistita e segnerebbe anzi la fine d'ogni elementare libertà umana.

La seconda ha accettato l'esistenza dello Stato come una necessità; taluno con Spencer ha aggiunto « un male necessario » e agostinianamente « un male transitorio » via via riducibile con la diminuzione del male nel mondo, e col progresso morale generale. In ogni caso ha giudicato opportuno limitare le funzioni proprie dello Stato al minimo indispensabile: la *difesa militare* e l'*ordinamento giuridico*. Questa tesi non è riuscita mai a giustificare altro che con ragioni contingenti l'enorme costante incremento delle *funzioni sociali* dello Stato.

La terza concezione è culminata nella dottrina dello *Stato etico* fiorita non soltanto nel clima dell'assolutismo legittimista della Restaurazione, ma del Protestantesimo tedesco. Dichiarare, come fece l'idealismo tedesco, lo Stato fine a se stesso, compendiare nello Stato tutta la realtà spirituale e morale, negare alla vita personale qualsiasi « verità e moralità », se non vissuta come momento integran-

te dell'Idea etica attuantesi nello Stato, non era concepibile se non partendo dal presupposto dello Stato suprema autorità non solamente politica, ma anche religiosa.

Caratteristico è che mentre in Germania la reazione all'individualismo giusnaturalistico si spingeva alla statolatria, in Italia l'integrazione dei soggetti in un tutto superiore veniva compiuta, come abbiamo detto, nel concetto di «nazione» e di «Stato nazionale ». Era come un'evoluzione del giusnaturalismo, che da individualista diventava collettivista e ora dichiarava i « diritti naturali » delle collettività nazionali. Questa concezione tipicamente italiana, che si affermò in tutto il mondo e dominò sulla storia europea fino alla grande guerra inclusa, non ruppe neppure coll'individualismo, ma lo relativizzò e contemperò nell'idea romagnosiana dello *Stato nazionale costituzionale*.

Una particolare forma di assolutismo politico, di derivazione hegeliana, doveva essere l'idea dello *Stato socialista* e dello *Stato comunista;* entrambi annunciatori della liberazione definitiva delle forze umane dalla servitù economica; entrambi praticamente inattuabili se non mediante una ferrea disciplina economica e politica senza esempio; entrambi anticapitalisti, ed entrambi basati sopra un mastodontico capitalismo di Stato.

65. Malgrado tutte le resistenze di fatto e di dottrina l'idea di Stato ha continuato a guadagnare terreno. Lo Stato moderno aveva potuto monopoliz-

zare senza contestazione la funzione legislativa e la tutela del diritto. Inoltre i bisogni crescenti della vita civile, la più parte appagabili solo con mezzi al di sopra d'ogni risorsa e possibilità privata, avevano pure determinato un costante incremento dei pubblici esercizi e delle cosiddette « funzioni sociali » dello Stato, senza quasi più sollevare, alla prova dei fatti, obbiezioni di principio; quando la Grande guerra 1914-18 mise definitivamente in crisi gli Stati liberali costringendoli a investirsi di tutto l'assolutismo politico ch'era nell'idea di Stato condottiero supremo in guerra e in pace (1).

L'Italia fu la più pronta a comprendere la portata rivoluzionaria della Grande guerra, a trarne tutte le conseguenze e a dare al mondo nella concezione fascista il primo esempio di *Stato totalitario.*

Come l'imperium in guerra, così anche l'imperium dello Stato in pace non può essere che potestà suprema unitaria, indivisibile, assoluta. Come che i poteri dello Stato vengano articolati e distribuiti (non mai divisi e contrapposti al modo ideato da Locke e Montesquieu), lo Stato è sovranità o non è, è autarchia o non è, è Stato di autorità massima o non è. All'interno lo Stato non può essere alla mercè dell'arbitrio di partiti irresponsabili e delle mutevoli composizioni e decomposizioni delle maggioranze. Un partito al potere vuol dire uno Stato nello Stato. All'esterno nessuna correlazione è possibile se non inter pares. Ove appena una subordi-

---

(1) V. *Un tragico esperimento di verità morali* in *La Conflagrazione spirituale* - Roma, 1919.

nazione si pronunciasse, un altro Stato sorgerebbe sullo Stato.

66. Un progresso l'idea di Stato aveva certo compiuto nel corso del sec. XIX colla teoria dello *Stato di diritto*. Era dottrina del Rosmini e concordava con quella di G. v. Humboldt che lo Stato ha nel diritto il *limite* della propria attività. Per lo Stahl « lo Stato non può manifestarsi che nelle vie del diritto ».

In Ihering diritto e Stato diventano termini equivalenti. Secondo Jellineck tutti i diritti politici soggettivi sono un'emanazione concessiva dello *Stato di diritto*. E così via.

In tali dottrine si dà al concetto di *diritto* un'estensione massima sino a identificarlo col concetto di *ordine*.

Ma non tutte le funzioni dello Stato, pur essendo « ordinate » nel senso della legge che lo Stato dà a se stesso, sono giuridiche. C'è un equivoco nel concetto di Stato di diritto, e giova chiarirlo.

Lo Stato è *il più alto potere ordinante* d'una collettività, e comincia coll'imporre un ordine a se stesso. Tutte le sue funzioni si compiono dunque secondo *principi d'ordine;* ma non in tutte le funzioni dello Stato è possibile stabilire preventivamente quell'« invarianza funzionale per l'universalità dei casi », che è la ragione d'essere propria dei comandi giuridici. Lo si può e sino a un certo punto per le funzioni amministrative, lo si può per le funzioni giudiziarie, non lo si può per le funzioni

politiche, dove manca la condizione prima, ch'è la costanza e prevedibilità dei fatti. Per queste ultime funzioni non è possibile andare oltre una definizione e attribuzione generale dei poteri e delle responsabilità. L'azione politica non può essere ridotta a un prontuario di formule giuridiche.

Alla proposizione che lo Stato non possa manifestarsi se non nelle forme del diritto preferiamo pertanto sostituire questo: « lo Stato non può manifestarsi che in *funzioni d'ordine*, e cioè in funzioni ordinate e ordinanti ».

Tali funzioni sono di tre specie: *politiche*, *giuridiche* e *sociali*.

Un tratto è ad ogni modo comune a tutte e tre le specie di funzioni, il quale dipende dalla natura categorica dei principi d'ordine da cui esse emanano, ed è l'*universalità* degl'interessi protetti dallo Stato sotto qualsiasi forma, sia politica, sia giuridica, sia sociale. L'universalità degl'interessi non soltanto caratterizza, ma misura e limita gl'interventi dello Stato, tanto ordinari, che straordinari.

Rinnoviamo qui naturalmente l'avvertenza che non si tratta d'universalità quantitativa, ma funzionale, di categoria, e d'ordine. Anche quando gl'interventi abbiano una portata occasionale ristretta, essi debbono essere ispirati a un criterio di universalità.

Per altro questa è la legge che ha presieduto alla costituzione e a tutta l'evoluzione dello Stato. In funzione d'universalità lo Stato s'è armato. In funzione d'universalità esso ha sempre rappresen-

tato la collettività politica e sociale, ha dettato ordinamenti e leggi, ha emanato provvedimenti di buon governo e di savia amministrazione. Le stesse funzioni del diritto si sono venute trasferendo dalle sfere sociali allo Stato man mano che son prevalse esigenze d'inderogabile universalità non altrimenti appagabili. Per ristretta che sia stata la sfera dei soggetti e degl'interessi protetti, la protezione dello Stato ha dovuto sempre agire in funzione d'universalità.

Possiamo concluderne: « Lo Stato è l'organo supremo della protezione politica, giuridica e sociale di tutti gl'interessi universali comunque prevalenti nella collettività cui esso sovrintende ».

67. Chi voglia acquistare una visione unitaria e organica delle funzioni dello Stato nelle loro configurazioni attuali e nelle loro possibilità future, non deve fermarsi nè alla prima stazione dell'*imperium militare*, nè alla seconda stazione dell'*imperium giuridico*, nè a qualsiasi gruppo di poteri e attività utili particolarmente considerate. Egli deve risalire, come noi abbiamo già proposto nel 1911 (1), alla generatrice di tutto il sistema protettivo: l'*economia della vita e dell'intero mondo dei valori umani*. Lo Stato è munito d'imperium perchè serve a questa capitale fra tutte le esigenze primordiali della realtà umana. Che lo Stato sia nato con funzioni militari e si sia sviluppato con funzioni

(1) V. *La morale economica e la morale del sacrificio.*

giuridiche, è contingenza storica. Ma esso era appena sorto, che dovette aprire strade, dedurre acquedotti, risanare il territorio, innalzare templi ed altri pubblici edifici, affrontare insieme tutti i problemi d'improrogabile o evidente interesse generale. Si pensi all'Urbe.

Noi abbiamo già detto, che un sistema protettivo della vita comprende l'*economia biologica*, l'*economia dei beni*, e l'*economia dei valori spirituali*. Abbiamo or ora detto che le funzioni dello Stato sono *politiche*, *giuridiche* e *sociali*. Vogliamo a questo punto esaminare come si atteggiano e intervengono le tre funzioni dello Stato per ciascuna sfera dell'economia della vita, la *biologica*, l'*economica* in senso stretto e la *spirituale*.

Con questo non intendiamo dare una teoria definitiva dello Stato. Nessuno è forse oggi in grado di darla. L'abbiamo avvertito: lo Stato è in continua evoluzione; al paragone della preistoria la sua origine è recentissima e la sua storia è ancora troppo breve. E forse solo in questo nostro tempo lo Stato ha cominciato a svilupparsi con un più franco ardimento d'iniziative e in accresciute sfere di reponsabilità.

Non potremo quindi che addurre esempi per quanto verremo analizzando. Ma è con orgoglio italiano, che trarremo questi esempi dallo Stato che più d'ogni altro ha attuato in tutti i campi i postulati del più progredito sistema protettivo: lo Stato Fascista.

68. Fondamentale fra le tre funzioni dello Stato e orientatrice delle altre è certamente la funzione *politica*. È infatti lecito di parlare d'un *primato della ragion politica o di Stato*, e subordinatamente ad esso d'una *politica del diritto* e d'una *politica delle funzioni sociali*. L'idea politica in altri termini non solo impronta di sè l'azione dello Stato nelle sue funzioni specificamente politiche, ma determina anche nell'ambito delle funzioni giuridiche e sociali fra tutte le alternative possibili le *scelte* più consentanee alla ragion politica.

L'orientazione politica generale dello Stato Fascista, che si riflette anche nelle funzioni giuridiche e sociali, può compendiarsi così: « primato dell'idea di Nazione e della ragion politica nazionale, come principio d'integrazione, di pacificazione e di mutuo potenziamento di tutte le sfere della vita associata, per elevarla in dignità e in fecondità di valori umani, all'altezza d'un destino imperiale essenzialmente spirituale, fattivamente politico e universalmente benefico nel mondo ».

69. *Economia biologica.* Essa ha bisogno di protezione *politica*, *giuridica* e *sociale*.

a) C'è anzitutto un'*economia politica della vita*. Ciascuno Stato ha dovuto sovrintendervi colle sue funzioni di difesa armata e di governo degl'interessi esistenziali della collettività. Vi abbiamo accennato: Roma era appena sorta che doveva non solo sostenere guerre coi popoli vicini, ma intraprendere opere pubbliche, le più importanti *etrusco ritu*:

prosciugamento delle paludi del Velabro e della Valle Murcia, viabilità con ponti e strade, ecc.

La concezione fondamentale può variare tra un minimo e un massimo. Per una spinta naturale alla conservazione e allo sviluppo della consistenza biologica delle stirpi, una sana politica dello Stato si orienta di regola verso l'aumento di volume della popolazione, poichè il numero è forza; e dunque contro la denatalità e lo spopolamento e verso la preparazione delle basi future della maggiore possibile sicurezza di sussistenza ed espansione. Comunque le funzioni politiche dello Stato traggono qui norma e misura dalla volontà di vivere e dalla volontà di potenza del popolo. L'egoismo individuale deve convertirsi in altruismo.

Sapientemente il Fascismo ha indirizzato la sua azione protettiva dell'economia biologica con una sana e lungimirante *politica demografica* e colla *bonifica integrale* territoriale e umana. Pure la disciplina della migrazione interna, dell'emigrazione d'oltremare, della reimmigrazione degli espatriati, fa parte di questa politica. Alla economia della vita concorre anche l'avere ricondotto la donna, ch'è il più prezioso patrimonio biologico d'un popolo, alle sue funzioni naturali in seno alla famiglia, contro le degenerazioni estere del suffragismo.

E ancora all'economia politica della vita appartiene il tragico paradosso della guerra. Per la protezione della vita bisogna preventivare nell'urto armato delle competizioni internazionali l'eventuale distruzione, ancorchè parziale, della vita. Ciascu-

na guerra propone allo Stato che l'affronta, oltre a un bilancio di costi e di profitti, un tragico bilancio di vite necessariamente distrutte: bilancio non qualitativo, chè purtroppo nella guerra sono le forze più valide e generose le più esposte alla distruzione; ma quantitativo. E già nella guerra odierna s'è visto, che quando un popolo è venuto a trovarsi di fronte al rischio della distruzione totale o d'una distruzione sproporzionata, ha abbassato le armi.

b) C'è in secondo luogo un'*economia giuridica della vita*, cioè un'economia amministrata nelle vie del diritto. Essa è affidata in primo luogo alle funzioni protettive che il diritto non può non esercitare, promovendo soltanto modi utili alla vita e ai suoi valori universali e inibendo ogni atto e fatto lesivo.

Appartengono all'*economia giuridica della vita* tutti gl'istituti costruttivi che regolano lo stato delle persone fisiche e presidiano l'istituto della famiglia; le norme del diritto penale che colpiscono ogni reato contro la vita e particolarmente i delitti contro la maternità e contro l'integrità e sanità della stirpe; le leggi sulla difesa della razza e per la repressione del meticciato; le leggi di polizia a protezione del buon costume, a presidio dell'infanzia e dell'adolescenza, contro l'abuso di bevande alcooliche e il commercio libero di narcotici e stupefacenti; le leggi che proteggono la pubblica sanità e incolumità, e impongono l'assistenza nei nosocomi, nei dispensari e negli ambulatori pubblici gratuiti; le leggi sulle assicurazioni sociali ob-

bligatorie contro le malattie e più specialmente contro la tubercolosi, contro gl'infortuni e per l'invalidità e la vecchiaia, ecc .ecc.

c) E c'è infine un'*economia sociale della vita*, cui pure lo Stato dà impulso con talune sue funzioni sociali a integrare l'iniziativa e la necessaria collaborazione privata. In quest'ordine di funzioni protettive il Fascismo può vantare le provvidenze in favore delle famiglie numerose e in onore delle madri prolifiche; le iniziative per le abitazioni popolari, rurali e cittadine; l'Opera Nazionale per la Maternità e Infanzia; l'Opera Nazionale del Dopolavoro; tutte le Opere Assistenziali del Regime, permanenti e stagionali, che si estendono ai figli degli emigrati; tutte le istituzioni e fondazioni pel ricovero e l'assistenza di fanciulli, d'incapaci e di vecchi, ecc.

70. *Economia dei beni.* Anche a questa economia presiedono funzioni *politiche, giuridiche* e *sociali.*

a) La concezione liberista separava nettamente le attività economiche dall'azione dello Stato, quasi campo chiuso governato da leggi proprie, che poi si riducevano al massimo tornaconto individuale, Oggi è tramontata per sempre. L'economia dei beni, inserita nell'economia della vita sotto la direzione suprema dello Stato, ha acquistato un'etica e un contenuto politico, che i liberisti, col farne una specie di fisica astratta dell'interesse individuale, le avevano ostinatamente negato. La teoria ha dovuto piegare davanti alle lezioni di cose.

Il problema della ricchezza è diventato in prima linea il problema del migliore e più sano impiego delle forze umane, del potenziale di lavoro disponibile e del suo maggior rendimento; inoltre il problema della migliore utilizzazione di tutte le risorse naturali e tecniche, a chiunque appartengano, a profitto della collettività e per assicurare la maggiore possibile indipendenza delle condizioni generali di vita; infine il problema della più larga partecipazione di tutti ai benefici del progresso economico e civile.

I sostenitori del liberismo sorvolano sul fatto che lo Stato sovrintendeva già all'intero regime dei valori economici col monopolio del *sistema monetario*. Con questo viene assegnato un comune denominatore a tutti i beni e imposto e garantito al tempo stesso un ragguaglio, che nel suo necessario mutare governa i prezzi dei mercati, la valutazione dei patrimoni, il movimento dei capitali, la distribuzione del credito, ecc.

Lo Stato inoltre influisce sull'economia generale indirettamente anche con la politica dei lavori pubblici, coll'intero sistema delle comunicazioni e dei trasporti interni e internazionali, colle tariffe doganali, coi premi di esportazione, coi trattati di commercio, col sistema tributario, ecc.

Oltre a questi mezzi indiretti lo Stato oramai interviene direttamente nel guidare e disciplinare la produzione e gli scambi, sostituendo al regime della libera concorrenza, un'*economia regolata, diretta, contingentata* e il più possibile autarchica.

Lo Stato Fascista ha assunto insomma il governo dell'economia dei beni, quasi attuando il concetto romagnosiano, che l'economia è l'*ordine sociale delle ricchezze*. Esso ha inoltre sovraordinato all'intero sistema l'*organizzazione corporativa* dell'economia e della rappresentanza politica, portando a un massimo di compenetrazione le funzioni politiche e le attività economiche. E pertanto lo Stato Fascista non s'è limitato a far cessare colla *Carta del lavoro* la lotta di classe e a imporre la pace sociale. Esso ha composto tutte le forze indirizzate all'attività economica in un *coetus ordinatus*, che ha in ogni parte del sistema corporativo tutte le possibilità d'una collaborazione generale disciplinata e solidale.

b) Alla *politica dell'economia* fa riscontro il *diritto dell'economia*. Esso ha i suoi fondamenti negl'istituti di diritto civile che definiscono e disciplinano i beni, la proprietà e tutti i rapporti patrimoniali, regolano i negozi giuridici e le obbligazioni, garantiscono l'esecuzione dei contratti, ecc. Vi si aggiungono gl'istituti di diritto commerciale, industriale, agrario, forestale, minerario, marittimo, fluviale, idrologico, ecc.; le leggi bancarie e tutte le norme che hanno più diretta relazione colle attività economiche. Vi si aggiungono inoltre le disposizioni penali per la repressione dei delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio. Vi si aggiunge infine la legislazione sui brevetti e i marchi di fabbrica, sui consorzi obbligatori d'ogni genere, sugli ammassi, e così via.

c) Le *funzioni sociali* con cui lo Stato assiste la vita economica sono poi le più varie. Accenneremo alle più tipiche del Regime Fascista e cioè: al *Consiglio Nazionale delle Ricerche* per favorire le invenzioni tecniche, fattore necessario d'ogni progresso del viver civile; alla battaglia del grano e a tutte le altre forme d'incoraggiamento delle attività autarchiche; alla intensa opera spiegata per la diffusione della cultura tecnica in tutti i suoi gradi.

71. *Economia dei valori spirituali*. Pur essa ha bisogno di protezione *politica*, *giuridica* e *sociale*.

a) Lo Stato liberale si atteneva a una politica di generica protezione e d'influenza indiretta mediante l'istruzione elementare obbligatoria e la cultura media e superiore. In materia religiosa si dichiarava agnostico o laico a parole. Nella realtà nessuno Stato liberale si asteneva da interventi positivi o negativi. Oggi il generale aumento dell'autorità e delle funzioni dello Stato non poteva restare senza effetti anche sull'economia dei valori spirituali, nei quali si formano le leve più potenti della storia.

La politica dello Stato si fa anzitutto sentire nei riguardi della vita religiosa. Lo Stato Fascista ha dato al problema una soluzione originale, che non è nè di soggezione — dello Stato alla Chiesa o della Chiesa allo Stato —, nè di separazione.

Gli accordi Lateranensi (1) del 1929 hanno riconosciuto alla Chiesa Cattolica una situazione ter-

(1) V. il nostro saggio: *Gli accordi dell'11 febbraio 1929*, in « N. Antologia » - 16 febbraio 1929-VII e nel vol. IX.

ritoriale e di autorità esattamente commisurata alla sua storia, alla sua importanza per la quasi totalità del popolo italiano e alla sua posizione unica nel mondo. Dalla importanza capitale del cattolicesimo per il popolo italiano lo Stato Fascista ha tirato le naturali e logiche conseguenze, non solo per quanto concerne l'esercizio del culto, anche nelle cerimonie ufficiali, ma per l'istituto della famiglia e per l'educazione nelle pubbliche scuole. Con ciò non ha riassunto, come taluno ha detto, la figura di *Stato confessionale*, ch'è di dipendenza, ancorchè parziale, dello Stato dalla Chiesa; tanto vero che ha accordato un'eguale libertà agli altri culti ammessi; ma ha riconosciuto che il Cattolicesimo è la confessione della enorme maggioranza degl'Italiani, e ha uniformato la propria politica in materia religiosa a questa insovvertibile e preziosa indicazione spirituale, storica e di fatto. Così agendo lo Stato Fascista si è mantenuto nella linea delle « universalità prevalenti », che sono la vera bussola della politica d'uno Stato; ha obbedito alla coscienza religiosa del popolo italiano; e ha reso onore a valori spirituali altissimi, che sono d'altronde una ragione di primato italiano nel mondo. Questo lo Stato Fascista ha fatto nella sua piena autonomia e responsabilità e non per subordinazione a una sovranità esterna. Da canto suo la Chiesa Cattolica, restituita alla totale indipendenza anche territoriale, agisce nello Stato italiano in virtù del proprio divino Magistero, ma anche per libero riconoscimento dello Stato e nei limiti di questo riconoscimento.

La fase teocratica e confessionale, cioè di soggezione totale o parziale dello Stato rispetto alla Chiesa è superata per sempre. E come nessuno può fare che un adulto rientri nella sua statura di adolescente, nessun tentativo di marcia indietro potrà mai più depotenziare lo Stato. L'originalità della soluzione fascista del millenario problema dei rapporto tra la Chiesa e l'Impero consiste in ciò, che l'assolutezza della ragion di Stato è armonizzata in modo perfetto con l'assolutezza dell'autorità della Chiesa nella materia religiosa.

Altro campo d'azione politica dello Stato sull'economia dei valori spirituali è la pubblica educazione e istruzione. Oggi il sistema fascista prende le nuove generazioni dalla prima fanciullezza alla piena maturazione. Non si tratta solo di coltivare abilità professionali, ma di formare menti e caratteri improntati e preparati ai grandi eventi storici che si annunciano e che domineranno sulla vita di molte generazioni.

Inoltre lo Stato italiano, come ogni Stato moderno, si considera depositario e custode di tutto un patrimonio di cultura accumulato nei secoli e nei millenni, e che forma l'appannaggio nobiliare dell'aristocratica Nazione italiana. I valori spirituali vivono a patto di propagarsi e d'essere, per dir così, ricreati di continuo. Da ciò l'ansietà di diffonderli e sopratutto di trasmetterli alle generazioni che ci succederanno.

b) Anche le *funzioni giuridiche* dello Stato vengono in appoggio dell'economia dei valori spiritua-

li, principalmente col regolare e graduare la valutazione pubblica e l'efficacia sociale dei titoli di studio. Le leggi che regolano l'esercizio delle professioni e l'abilitazione a pubbliche mansioni, subordinandole alla cultura di un dato tipo e grado, costituiscono una doppia garanzia per la società e per il cittadino che vi si è preparato. Il sistema degli *esami di Stato* e dei pubblici concorsi compone un ingranaggio di norme giuridiche, le quali sostituiscono all'arbitrio il vaglio obbiettivo della preparazione culturale e dell'idoneità personale.

c) Non meno importanti sono infine le *funzioni sociali* dello Stato anche sull'economia della vita spirituale. Qui l'influenza della pubblica autorità non può essere che indiretta; perchè mentre in ogni altro campo lo Stato può seguire le indicazioni delle « universalità prevalenti », nella vita dello spirito i valori hanno radici insondabili, che si profondano nella più intima interiorizzazione delle soggettività umane; maturazioni coperte, silenziose; esplosioni inattese e sorprendenti. Dove cessa l'universalità, finisce l'autorità dello Stato e rimane l'autonomia dei fattori misteriosi della vita e delle coscienze.

Ciò non vuol dire che tra le due sfere dell'universalità e della soggettività dei valori, tra le funzioni di assistenza da una parte e l'idiogenesi dei valori dall'altra, ci sia antagonismo. La protezione generale dello Stato su tutte le formazioni spirituali non intacca i processi onde esse affiorano; se mai li difende da manomissioni, obliterazioni, guasti.

Ma oltre quella soglia lo Stato non può che confidare nell'opera creatrice di valori spirituali, la quale ha dipendenze interiori in massima parte ignote e ingovernabili.

Si comprendono quindi tutte le sollecitudini e provvidenze dello Stato intese a fomentare e a premiare le più alte e genuine manifestazioni della spiritualità e della cultura. Il *cursus honorum*, ch'è una prerogativa dello Stato, ha una sua azione indiretta, ma sempre efficace.

Un mezzo indiretto, ma assai promettente potrebbe essere la selezione degli adolescenti geniali e la loro più acconcia preparazione superiore a spese dello Stato nelle attività più confacenti alle loro disposizioni personali. È infatti tempo di abbandonare la vieta veduta privatista e liberista, che faceva della cultura un mezzo individuale per armarsi meglio nella concorrenza vitale coi propri simili. La cultura è un alto interesse sociale e profitta illimitatamente a tutti. La *Carta della Scuola* ha già affermato il principio, che l'istruzione pubblica bisogna anzitutto meritarla.

Per altro bisogna riporre ogni fiducia nella natura intimamente sociale di tutti i soggetti umani, che non sono mai dei veri individui, ma *personalità sociali* (1). E nella destinazione necessariamente sociale d'ogni creazione dello spirito bisogna vedere la garanzia che, malgrado eventuali deviazioni singole, sempre trascurabili, perchè prive d'irra-

---

(1) Vedi i miei *Prolegomeni* - Roma 1915 e in uno dei prossimi volumi.

diazione sociale, l'opera del genio corrisponderà sempre per sua intima costituzione alle più alte aspettazioni spirituali di tutto un popolo e di tutta un'epoca.

72. Nel mondo moderno lo Stato è la formazione più ricca d'autorità imperativa, che l'evoluzione sociale e politica abbia sinora creato. È il massimo ente munito d'*imperium*, potere unitario, indivisibile, autosufficiente, assoluto, al fine supremo di attuare il sistema protettivo più consentaneo all'economia della vita e dei valori del popolo soggetto, sì nella loro consistenza attuale e sì nella più ampia possibile realtà futura.

L'imperio dello Stato non è necessariamente nella coazione, anzi non vi è che in misura sempre più ridotta ed eventuale. Non accogliamo quindi la tesi di Fichte, per il quale i *diritti primordiali* (Urrechte) diventano efficaci soltanto come *diritti coattivi* (Zwangsrechte). Non la tesi di Dühring, secondo la quale lo Stato sorge come « strumento ordinato di coazione » (geordnetes Zwangsmittel) e il diritto penale si riduce a « una vendetta pubblicamente organizzata ». Non la tesi di Feuerbach, per cui il diritto diventa la *possibilità della coazione* (Möglichkeit des Zwangs), Non di Ihering, che fa dello Stato *il sistema degli scopi sociali assicurati mediante la coazione* (das System der durch Zwang gesicherten sozialem Zwecke). E via dicendo.

L'imperio dello Stato si svolge e si accresce sopratutto in *funzioni ordinanti* e l'ordine è la viva trama che collega tutti gli elementi d'un sistema da

ogni punto verso ogni punto, attingendo vigore da ogni sfera di vita e somministrandone a tutte.

Per la stessa ragione non è da pensare ad una *opposizione* tra *individuo* e *Stato*, tema favorito della filosofia giuridica di altri tempi; perchè ove l'individuo rimetta del suo in servigio dell'universalità dello Stato, egli stesso acquista da tale rinvigorita universalità. E neppure c'è da pensare a un'involuzione dello Stato a misura che si renda superflua la coazione della pubblica autorità, altro tema favorito dai pubblicisti liberali; perchè l'autorità dello Stato si esplica in funzioni d'ordine non necessariamente coattive, ma aventi in se stesse la loro giustificazione e forza imperativa; sicchè la definitiva vittoria di un'ordine, il quale rendesse totalmente superflua la coazione, segnerebbe non la fine, ma il trionfo dello Stato: « ius superat vires ».

Lo Stato non tornerà più indietro sulle proprie conquiste, che sono conquiste dell'economia della vita e dei suoi infiniti valori.

E tuttavia una frontiera all'azione dello Stato abbiamo dovuto riconoscerla. Essa è tracciata dall'*universalità dei valori protetti*, oltre la quale ogni intervento statale si rende impossibile.

Con ciò non vogliamo, si badi, fare risorgere la classica distinzione tra *società* e *Stato*. Questi due enti divisi e contrapposti erano due astrazioni, che una volta separate riusciva difficile rimettere in comunicazione. La questione secondo noi va posta altrimenti. Noi abbiamo già accennato a una sola distinzione possibile, tra *processi sociali* e *processi po-*

litici. Ma quando siamo andati alla ricerca di una sintesi superiore di entrambi, non l'abbiamo trovata che nell'« economia della vita e dei suoi valori ». Questa constatazione ci autorizza a concludere, che il titolare vero di tutti i processi, insieme sociali e politici, è la *vita umana*: la vita oggettivamente e universalmente considerata; la vita valore incommensurabile con tutti i beni materiali della Terra; la vita, un infinito nel finito; la vita, che viene dall'infinito e va all'infinito. È essa la vera protagonista della storia, il soggetto lanciato alla conquista di tutti i possibili gradi di libertà, la vera legislatrice di tutto l'ordine, nei suoi molteplici schemi e istituti, tutti subordinati alle ragioni e ai fini della vita.

Per questo non si può pensare senza contraddizione, che sorga un contrasto e conflitto tra lo Stato e quelle sfere della vita, che lo Stato protegge e al tempo stesso rispetta, e non può non rispettare, nelle loro intime scaturigini da profondità e per vie che soltanto la vita conosce.

73. Quando il Fascismo ha voluto dare un soggetto ai processi vitali e spirituali che compongono il nostro mondo di valori, l'ha chiamato Nazione, e ha protetto questa in tutti i suoi valori biologici, economici e spirituali, religiosi, morali, culturali.

Forse è vero che noi stiamo assistendo al formarsi di enti collettivi nuovi, senza esempio nella storia, attraverso una maggiore integrazione politica promossa dallo Stato. È il tempo in cui prendono

il primo posto tra le determinanti della condotta le ragioni delle collettività storiche, di quelle « persone storiche » — come Romagnosi le chiamava —, che trascendono tutte le esistenze individuali. Le stesse generazioni nel loro susseguirsi si sentono strettamente collegate fra loro in un continuo spirituale superiore. Questo era d'altronde il pensiero di Catone il Vecchio, riferito da Cicerone (*De sen.* 7, 7, 1), quando diceva: « res publica non unius ingenio, sed multorum, nec una hominis sed aliquot constituta saeculis et aetatibus ».

Il Medioevo non amò lo Stato e mise le singole persone in diretto rapporto con la *civitas Dei*. Perciò non potè accorgersi delle formazioni spirituali collettive. Bisogna venire ai tempi moderni per collocare in primo piano tali formazioni. Rousseau parlava già di « volonté générale ». Hegel tradusse « Volksgeist ». Steinthal parlò di « Geist der Gesammtheit ». Cattaneo, sulla scorta del Romagnosi, scoprì la psicologia delle « menti associate ». La sociologia con Schäffle, v. Lilienfeld, Lewes, P. Barth parlò continuamente di « organismo sociale », di « organismo spirituale », di « social medium », di « Gesammt-Ich » di « Socialwille ». Wundt dette una certa precisione scientifica al concetto di « Gesammtwille » o « volontà collettiva ».

Solo alcuni ostinati monadologisti, come Lotze, Teichmüller, Renouvier, ecc. continuarono ad asserire che esistono soltanto individui e che lo spirito sociale non ha alcuna esistenza obbiettiva all'infuori delle coscienze individuali.

Eppure la Nazione è una realtà vivente, la Patria non è un'entità astratta, ma una somma ben concreta di valori superindividuali e, rispetto al singolo, assoluti. Lo Stato è una idea che può mobilitare le coscienze e le volontà infondendo loro uno slancio irresistibile e un ardore di sacrificio senza limiti.

Certa cosa è, che mentre maturano sotto i nostri occhi processi storici di così inaudite proporzioni e in eccesso su tutte le sfere d'interessi particolaristici, cresce a proporzione l'autorità dello Stato. E lo Stato totalitario, che ha compiuto la massima sintesi sociale e politica delle forze umane soggette, si rivela il più preparato e adeguato ai tempi che volgono e agli eventi che ci attendono.

Ma la potenza dello Stato non è e non può essere che potenza della vita avvalorata dalle funzioni ordinanti dello Stato. Stato forte vuol dire vita forte. Stato in progresso vuol dire vita in progresso. Stato imperiale vuol dire vita animata da una volontà di potenza imperiale. Se non che la vita non si disciplina e rafforza per la sola virtù degli schemi universali e necessariamente astratti dell'ordine, bensì nelle recondite inaccessibili e inviolabili sfere delle soggettività, le quali ricevono dallo Stato la legge, ma gli conferiscono la loro forza indomabile e insostituibile, che non rifugge dal sacrificio, anzi si trasmuta al bisogno in volontà eroica.

Perciò non c'è opposizione tra il cresciuto potere dello Stato e l'incremento della vita soggettivamente approfondita nelle sue attività elettive e se-

lettive, che un tempo si dicevano di spettanza *privata* ed erano semplicemente la vita. Non c'è opposizione tra le prerogative eminenti dello Stato e tutte le necessarie soggettivazioni dei diritti pubblici e privati, senza le quali lo Stato sarebbe una costruzione vuota di contenuto, un immenso macchinismo senza causa, nè scopo, ma sopratutto senza forza, poichè la forza dello Stato cresce correlativamente con quella dei processi vitali che si svolgono nel suo seno e diminuisce col loro debilitarsi e parvificarsi.

La soggettivazione dei diritti chiamati pubblici e privati, diciamo in una parola la soggettivazione del diritto di partecipare di tutta la vita dello Stato e di tutte le funzioni dell'ordine, non solo non è in antagonismo coll'autorità e potenza dello Stato, ma è la sola condizione alla quale l'autorità e potenza dello Stato possono aumentare, immettendosi nel grande circolo della vita, ch'è di raggio infinito.

Dopo aver dunque tutto concesso alle superiori sfere dell'ordine e dell'imperium, torniamo all'unità-uomo, cittadino dello Stato e titolare della vita; sostanza individuata, non individuale, anzi, per costituzione, sociale e politica; anello vivo d'una catena viva; un punto entro un cerchio, e centro a sua volta d'un cerchio che ha sempre margini oltre tutti gl'impieghi, oltre tutti i compiti, tutti i doveri, tutti i sacrifici. Torniamo all'uomo pronto a dare tutto se stesso alla famiglia, alla Nazione, allo Stato, alla Patria; ma che quando ha tutto dato di sè, rimane solo con se stesso, faccia a faccia col

proprio destino, e passa nel mondo come una meteora che non si sa di dove venga, nè dove vada: l'uomo che nasce solo e muore solo.

Lo Stato vigorosamente costituito su postulati d'ordine e di economia della vita, non toglie nulla a se stesso, ma anzi accresce se stesso, riconoscendo le sfere di autonomia riservate alle soggettività umane e soggettivando in esse quanti più diritti che l'ordine comporti. Solo da soggettività ricche di consapevolezza e consapevoli della propria forza e delle proprie responsabilità lo Stato può attendersi la dedizione cosciente ed eroica, l'apporto di una realtà cui solo la vita può e sa dar vita, nell'oscurità tutelare d'un mistero impenetrabile.

Con somma sapienza, con prudenza veramente romana lo Stato Fascista s'è arrestato riguardoso davanti la soglia della *libertà di coscienza*, la più alta espressione di tutte le libertà spirituali, che si possono e debbono custodire, pur nella necessità delle correlazioni esteriori e della disciplina politica e sociale, se non si vuole impoverire e isterilire la vita, e andare incontro a una decadenza generale.

Grande insegnamento questo, del quale non hanno profittato fra noi quei conseguenziari corrivi, che si sono affrettati a confondere la dottrina del Fascismo con una loro sommaria identificazione hegeliana d'individuo e Stato, nella quale la libertà è solo apparente. Grande insegnamento anche per quei giuspubblicisti stranieri, pei quali ancora oggi Fascismo è negazione della libertà.

Capitolo IX

LA LEGISLAZIONE E LA DOMMATICA DEL DIRITTO

74. La risoluzione che noi abbiamo compiuta dei *processi sociali* e *politici* nell'*economia della vita*, facendoli tutti derivare da una comune realtà e da una legge di variazione più ampia, ci dà modo di mettere in chiaro alcune non lievi incongruenze tra i concetti correnti, che noi abbiamo dovuto sin qui lasciare inosservate.

Da una parte il diritto ci è apparso come un processo autonomo non solo nella struttura logico-categorica dei suoi schemi, ma anche sostantivamente pei valori che protegge e rispetto ai quali esso assume nella propria orbita un ufficio vicariale verso ogni altra determinante politica, religiosa, morale della condotta, e basta a se stesso. In questa sua autonomia il diritto ci si è rivelato anzi come il più energico *insieme di norme* appartenenti al *sistema protettivo*, entro i cui schemi si edifica e difende

l'economia dei valori umani, primo e fondamentale il valore della vita. C'è di più: nella sua funzione ordinante il diritto investe anche lo Stato e se non può ridurre a un prontuario di formule giuridiche l'azione politica, indubbiamente sottopone anche il modo di costituirsi e di amministrare dello Stato a *principi d'ordine*, che possono mutare, ma finchè vigono devono essere, come qualsiasi altro comando giuridico, categoricamente osservati. Diritto è invero anche la legge che lo Stato dà a se stesso. In questa relazione fondamentale il diritto si presenta adunque come la categoria più ampia, comprensiva pure dello Stato.

D'altra parte lo Stato, abbiamo visto, è l'organo unico munito d'imperium, che assume la direzione suprema del *sistema protettivo*, ivi compreso il diritto, e sovrintende all'economia biologica, all'economia dei beni e dall'economia dei valori spirituali con *funzioni politiche*, *giuridiche* e *sociali*. Come tale, lo Stato ha anche il monopolio della *dichiarazione e tutela del diritto*. In questa relazione, fondamentale anch'essa, il diritto ci si presenta come una funzione dipendente dello Stato.

Tuttavia in questa stessa relazione di dipendenza il diritto mantiene intatta una sua duplice autonomia. Neppure lo Stato può alterare la struttura logico-categorica dei comandi giuridici; anzi, quando vuole dare un massimo di stabilità alle proprie funzioni ordinanti, deve adottarla, imporre a se stesso una legge, farsi legge. E neppure nella sostanza del diritto lo Stato può sovvertirne i coman-

di, sottraendoli alla loro *funzione unicamente protettiva della vita e dei suoi valori;* ma può soltanto intervenire orientando in un senso politico voluto le *scelte* degli schemi d'ordine entro l'alternativa di variabilità che la natura degl'istituti giuridici comporta. Così ad esempio il valore sociale che oggi si attribuisce al fanciullo, oltre la semplice relazione parentale, ha indotto il legislatore a introdurre alcune limitazioni e condizioni all'esercizio della patria potestà; la maggiore autorità riconosciuta alla madre di famiglia ha rilevato alquanto la sua situazione di dipendenza dall'autorità maritale; la considerazione delle responsabilità economiche verso la famiglia ha reso possibile di vincolarne i beni coll'istituto del « patrimonio familiare »; la volontà di rafforzare il vincolo diretto da ascendenti a discendenti ha persuaso a conferire una condizione di privilegio alla successione nella linea principale e così via. Sono queste, come tante altre che si potrebbero pure ricordare, delle *scelte* guidate da un criterio politico; ma tutte compiute entro le alternative consentite dall'istituto fondamentale della famiglia.

Osserviamo ancora, che per grande che sia l'autorità e potenza dello Stato, esso deve continuamente contare sull'appoggio insurrogabile della coscienza morale e della coscienza religiosa; tutte, è vero, medesimamente orientate in senso protettivo, perchè entrambe componenti, in fondo solidali, d'un unico sistema spirituale; ma ciascuna vincolata a un processo, che ha una sua forza in quanto è au-

tonomo. L'influenza politica è anzi avvertita regolarmente dalla coscienza giuridica, dalla coscienza morale, dalla coscienza religiosa, come eteronomia. La situazione più felice si ha quando i comandi politici, giuridici, morali, religiosi, nella loro rispettiva autonomia, concordino fra loro al punto che la coscienza non abbia a distinguere se obbedisca a un comando dello Stato, a un comando divino, a una norma del diritto obbiettivo o a un dettame dell'etica.

75. Dobbiamo concluderne che esiste una molteplicità di processi. I quali formano anzi la ricchezza della vita nelle sue sconfinate e misteriose latitudini, sicchè ognuna delle tesi e antitesi surrilevate è condizionatamente vera. È vero il primato della ragion politica e la sua subordinazione del diritto allo Stato; ed è anche vera l'autonomia del diritto e la subordinazione dello Stato al diritto. È vera l'autorità dello Stato su tutti i vari sistemi normativi che operano entro la sfera dei suoi poteri; ed è anche vera l'autonomia spirituale con cui si svolgono i singoli processi onde quei sistemi s'innalzano sulla semplice realtà naturale.

La legittimazione di tutte queste verità ha luogo in una loro comune relazione coll'economia della vita, fondamento di tutti i valori umani. Ciascun ente, ciascun soggetto fisico o morale, n'è depositario e custode, beneficiario e tutore, pro rata, ma in solido e a titolo universale. Per una legge di necessaria individuazione e soggettivazione l'econo-

mia della vita si concreta analizzandosi in una moltitudine di processi e soggetti, ed è superindividuale; si fa momento per momento, ed è superattuale; è materiata di utilità, ed è sempre a un passo dal sacrificio.

76. A tutta questa molteplicità di processi e di soggettivazioni dobbiamo pensare, venendo ora a prendere in esame lo sviluppo massimo e organico del diritto in quel sistema normativo che prende nome di *legislazione*. Essa è oggi funzione eminente ed esclusiva dello Stato, il quale ha il monopolio della funzione legislativa e della dommatica del diritto. Sarebbe tuttavia un errore trarne la conseguenza, che lo Stato, per essere la sola autorità che può ammettere o non ammettere una regola di diritto a valere entro la propria sfera di comando, sia anche l'unico autore, la *fonte unica* di tutte le norme di diritto ammesse.

Una completa legislazione moderna, per es. l'italiana, abbraccia: 1°) le *norme costituzionali* e *amministrative* che lo Stato dà a se stesso, e che in un'età rivoluzionaria come la nostra sono in quotidiana elaborazione; 2°) un *corpus iuris* che comprende gl'istituti fondamentali della vita associata e personale: formazione più e più volte millenaria, che può essere aggiornata e viene anzi aggiornata, non tuttavia spostata dalle sue basi consolidate attraverso infinite esperienze, le più proficue e le più dannose, vissute e rivissute per un'interminabile serie di generazioni; 3°) tutte le *leggi speciali*, che in parte

svolgono le fondamentali, ma in parte vi derogano, avvalendosi con criteri di opportunità del principio: « specialia generalibus derogant »; 4°) le *leggi di autorità estranee allo Stato*, benchè ammesse a valere dallo Stato stesso. Tali sono ad esempio in Italia: *a*) le *leggi canoniche* in materia matrimoniale, dalla consacrazione all'annullamento, oltre quelle che regolano la situazione giuridica dei fedeli rispetto alla Chiesa (patronato, interdetti, cimiteri, ecc.); e inoltre le *norme confessionali* relative all'esercizio dei vari culti ammessi; *b*) gli *statuti degli stranieri, persone* ed *enti*, operanti nel Regno, quante volte è loro concesso di agire secondo le proprie leggi nazionali; *c*) le *sentenze di tribunali esteri* e quindi le rispettive legislazioni; e persino i provvedimenti di *polizia estera* in materia di estradizione, benchè sempre in base a un giudizio di delibazione del magistrato italiano; 5°) le *norme consuetudinarie*, e non solo quelle tramandate da evi lontani, ma *usi generali, locali* o *speciali*, che si formano per autogoverno di date sfere di attività sociale nel nostro stesso tempo. Provò il codice napoleonico ad estirpare del tutto le antiche consuetudini e a vietare la nuove, senza riuscirvi; saggiamente invece le legislazione italiana, civile e commerciale, accorda ad esse una condizionata, ma entro quei limiti piena *forza di legge*; 6°) la *giurisprudenza*, cui è espressamente demandata l'interpretazione della legge e la ricerca dei criteri per decidere i casi dubbi e per supplire all'eventuale silenzio del legislatore; 7°) la *dottrina*, alla quale espressamente rinvia la legge,

quando ogni altra fonte di diritto sia trovata insufficiente, coll'attribuire forza decisiva ai « principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato ». Tali principi sono definiti e illustrati appunto dalla dottrina o filosofia giuridica.

Come si vede, molteplici e di diversa origine e non tutte omogenee sono le fonti del diritto positivo nell'ambito della legislazione, e ciascuna può dirsi derivi da un proprio processo normativo, quando politico, quando specificamente giuridico, quando religioso, quando sociale. Lo Stato crea esso stesso il diritto o riconosce il diritto elaborato in seno ad altri sistemi di valori e di determinanti.

77. A questa formazione policentrica del diritto, benchè tutta passata al vaglio della suprema autorità dello Stato, si deve se la legislazione è più un *insieme*, che un *sistema* di leggi. Sistema lo è tendenzialmente, in quanto non tollera nel proprio seno duplicati inutili, contradizioni e incompatibilità tra legge e legge. Ma la dommatica svaria, massime passando da una regione e provincia del diritto ad altra regione e provincia, perchè gl'istituti hanno a volte non solo una genesi assai diversa, ma spesso un diverso grado di maturità concettuale e giuridica, e di regola sono stati via via creati o ammessi più per esigenze pratiche, che secondo un unico piano idealmente ordinato. L'esegesi per metterli insieme e farli concordare è spesso molto laboriosa.

Si commetterebbe poi un errore di prospettiva

storica a datare gl'istituti dall'anno dell'ultima legge o dell'ultimo codice che li ha disciplinati. L'età degl'istituti si può contare per alcuni ad anni, per altri a secoli, per altri a millenni.

78. In confronto agl'istituti del diritto civile, gli istituti di diritto pubblico sono di data relativamente recente, taluni recentissima.

Dei grandi imperi orientali, i caldei di Sargon e d'Hammurabi, l'egizio dei Tutmosi e degli Amenofi, l'assiro dei Teglat-falasar e dei Sargonidi, il babilonese di Nabucodonosor, il persiano di Ciro, Cambise e Dario, il macedone di Alessandro, nessuno ci ha lasciato traccia d'un pur rudimentale diritto costituzionale. La legittimazione del potere era nel fatto della conquista e nella consacrazione religiosa.

Per primo l'Impero romano, costruzione del popolo che abbiamo con ragione definito il più giuridico popolo del mondo, diede organicità di diritto al proprio sitema di pubblici poteri, di competenze e di responsabilità. La *lex de imperio*, che data certo da Vespasiano, ma era anticipata da leggi particolari fin dal tempo di Augusto; le varie costituzioni imperiali *de legibus et constitutionibus principum et edictis, de mandatis principum, de senatus consultis, de officio praefectorum praetorio, de officio proconsulis et legati*, composero un corpo di diritto costituzionale; mentre le innumerevoli costituzioni *de officiis*, le quali regolavano le attribuzioni delle schiere di magistrati e funzionari, che

specie nel Basso Impero popolarono le gerarchie minori, si possono assomigliare a un corpo di diritto amministrativo. La funzione giudiziaria (« ordo iudiciorum ») era stata disciplinata fin dall'età repubblicana. Con tutto ciò una vera dottrina intorno allo Stato e alla sovranità non venne prodotta.

Solo quando l'unità dell'Impero fu spezzata e ne risultò una moltitudine di particelle di autorità in cerca d'una nuova legittimazione, ch'esse credettero di trovare quali nella Chiesa, quali nel risorto Sacro Romano Impero; e più specialmente quando si accese tra la Chiesa e l'Impero la lotta per le investiture, fu promossa la speculazione intorno all'origine della potestà e si ebbe la ben nota fioritura di dottrine, quali curialiste, quali regaliste o imperialiste, che andavano esprimendo in immagini la definizione dei rapporti tra l'autorità ecclesiastica e la secolare: e l'una vedeva nello Stato il piedistallo e nella Chiesa la statua, per un'altra la Chiesa era il sole e lo Stato la luna, un'altra ancora considerava le due autorità come due spade, due chiavi, due soli e così via.

La Riforma, la Controriforma e il sorgere delle grandi potenze dettero nuovo impulso a un'elaborazione più approfondita del diritto pubblico. Una singolare posizione radicale assunsero allora i « monarcomachi » tanto di parte cattolica che protestante (Lanquet, Hotomannus, Buchanan, Althusius, Bellarmino, Molina, Mariana, ecc.); i quali non esitarono a riconoscere nel *consenso popolare,* nella

« maestà del popolo » l'unica fonte della sovranità del principe e giustificarono in dati casi la ribellione e financo il regicidio.

Il giusnaturalismo sviluppò a preferenza la tesi *contrattualista*, pur derivandone conseguenze opposte: « l'imperium absolutum » di Hobbes, nato da un « pactum constitutionis et subiectionis » irrevosabile; e la « sovranità popolare » di Rousseau, inalienabile e imprescrittibile.

Il sec. XIX fu il secolo delle « costituzioni politiche », dell'elettorato e dei plebisciti. Il costituzionalismo rappresentativo, che aveva lontane origini medioevali nei Parlamenti a tre ordini, fondato ora sul principio della sovranità popolare e sull'elettorato politico e amministrativo, parve l'ultima parola del diritto pubblico. Se non che la sovranità del popolo si riduceva in teoria e poteva ridursi in pratica a quella della metà più uno e alla sudditanza di tutti gli altri, in aperta contradizione e violazione del principio della sovranità indivisa. Inoltre fra tanti organi della costituzione politica tutti responsabili, solo il cittadino elettore godeva il privilegio della più completa irresponsabilità. Inoltre ancora la formazione di partiti politici fortemente organizzati aveva finito col sostituire la *dittatura del partito* alla sovranità nominale degli elettori, assicurando per giunta a tale dittatura quella medesima irresponsabilità di cui godeva l'intero corpo elettorale. Per questa via si doveva giungere alla *privatizzazione* dello Stato (1).

(1) V. il mio saggio *La crise de la democratie,* in Atti dell'VIII

Contro siffatta degenerazione sorse lo Stato totalitario fascista, a riaffermare l'unità, preminenza e assolutezza dell'autorità dello Stato. Sorretto da un Partito nazionale unico a larghissima base, dal quale si selezionano i quadri dell'intera organizzazione e direzione politica, è stato possibile sostituire all'amorfa generica e frazionata Camera dei Deputati una Camera dei Fasci e delle Corporazioni, dove sono rappresentate le gerarchie del Partito e le Federazioni e i Sindacati che compongono l'ordinamento corporativo.

Il travaglio di tutte le costituzioni è stabilire un sistema di delegazioni, di poteri e di responsabilità, nel quale tutta la collettività nazionale si senta espressa fino a identificarsi con esso. Il problema è politico, non giuridico. Noi qui ci limiteremo a tre sole considerazioni: 1°) che è impossibile prescindere in situazioni storiche come la presente da un certo legittimismo rivoluzionario; 2°) che un ordine nuovo che rompe totalmente col passato deve dar luogo a istituti in esperimento; 3°) che era un errore del vecchio sistema elettorale circoscrivere l'investitura politica al semplice momento della votazione, mentre c'è un plebiscito universale e continuo manifestato nella quotidiana disciplina, che si alimenta di convinzioni incoercibili ed è la vera forza d'uno Stato totalitario.

79. Quando dagl'istituti di diritto pubblico, nei

Congresso Int. di Filosofia a Praga 1934, e in uno dei prossimi volumi.

quali si esperimentano originali architetture politiche e sociali, passiamo al campo del diritto civile, bisogna contare l'età degl'istituti fondamentali a migliaia d'anni. Neppure le più antiche leggi di cui abbiamo notizia ce ne testimoniano la data di nascita, perchè esse sono quasi interamente procedurali, intese ad assicurare la tutela e la misura di taluni diritti, per lo più d'ordine patrimoniale o penale; mentre il corpo principale degl'istituti e gli stessi diritti presi sotto la protezione o la disciplina delle leggi continuavano a essere retti dalle norme sacramentali del costume. La famiglia, la proprietà, il diritto successorio, le obbligazioni, i contratti, hanno una storia giuridica che si perde nella notte dei tempi; nel corso della quale hanno potuto arricchirsi di precisazioni e di varianti, soprattutto nel nostro Occidente per l'esemplare opera costruttiva dei giureconsulti romani; ma hanno custodito in ogni epoca taluni tratti tipici inalterabili, vere e proprie « costanti giuridiche » che non si lasciano rimuovere da un certo « schema funzionale », il quale ha resistito a tutte le vicissitudini di tempi e di civiltà.

Ciò significa, che l'*economia della vita umana* non ha trovato vie migliori, più sicure, più dirette, più proficue. E spiega come tutti i tentativi di tempo in tempo fatti per svincolare i rapporti sociali e umani da quei modelli d'ordine e scrollarne la disciplina, sono sempre miseramente falliti (1). E ci dice anche le serie ragioni per cui il

(1) V. le mie voci: *Comunismo* e *Socialismo* nel *Nuovo Di-*

più radicale, sanguinoso, spregiudicato esperimento in grande stile fatto con ogni solennità di proclamazioni dottrinali e con tutta la possibile potenza assertiva di un governo assoluto nella Russia sovietica, è fallito clamorosamente anch'esso; sicchè dopo appena un ventennio è stato necessario ripiegare in modo precipitoso, benchè coll'aria di niente, verso le basi millenarie degl'istituti giuridici della famiglia, della proprietà, del diritto successorio e via dicendo (1).

Con somma saggezza invece il Fascismo ha rinsaldato tutti questi istituti, circondandoli di prestigio e munendoli di nuova tutela, pur integrandone la funzione con correlazioni sociali e politiche, necessarie per altro al potenziamento della vita in tutte le sue espressioni.

80. La legislazione procede alla progressiva costruzione dell'ordine giuridico in due modi: definendo istituti giuridici e prevedendo una serie di casi da regolare.

Dei due modi il più antico è il secondo, nè è stato mai abbandonato, anche quando s'è iniziata l'era delle definizioni giuridiche, che dura tutt'ora, anche per gl'istituti tradizionali.

Le leggi di Hammarabi che precedono forse di 1500 anni o più le XII Tavole non definiscono, prevedono casi e dispongono: « Se alcuno accusa un

---

gesto Italiano - Torino.

(1) V. il citato saggio: *La fine del comunismo in Russia* (Volume X).

altro... ma non può darne la prova, colui che ha accusato dovrà essere ucciso ». Le XII Tavole non definiscono, prevedono casi e dispongono: « Si in ius vocat, ito; ni ito, antestamino, igitur em capito ». Circa mille anni dopo, l'editto di Rotari non definisce, prevede casi e dispone: « Si quis hominum contra anima regis cogitaverit aut consiliaverit, anime sue incurrat periculum et res eius infiscentur ». E circa 1400 anni più tardi i nostri codici raramente definiscono, prevedono casi e dispongono: « se i beni... », « se il matrimonio... », « chiunque... » ecc.

Nel nostro codice civile del 1865 tutte le definizioni d'istituti che specialmente abbondano dal Libro secondo in poi e meglio in taluni titoli, come per es. nel titolo IV del libro III (*Delle obbligazioni e dei contratti in genere*), che assurge alla organicità d'una trattazione scientifica, sono tolte al diritto romano. Dove il diritto romano non definì, quasi mai si è supplito con una definizione originale.

Per quanto possa parere paradossale, è stato osservato, per esempio, che i nostri codici non contengono una definizione della famiglia come « entità giuridica », pur facendo continui riferimenti a « rapporti di famiglia », alle « condizioni della famiglia », al « nome di famiglia », al « patrimonio familiare », ai « delitti contro la famiglia », ecc. (Jemolo). Nè l'omissione sarebbe senza inconvenienti, perchè al termine « famiglia » si è data una diversa estensione di significati con conseguenze

legali sensibilmente diverse, nella legge civile, nella legge penale, nelle leggi fiscali (« i membri di famiglia » dell'art. 63 del T. U. 17 ottobre 1922) e nelle disposizioni che regolano la materia araldica.

Aggiungiamo che non è definito neppure l'istituto del matrimonio, non quello della cittadinanza, non della capacità giuridica ecc. e che innumerevoli altri concetti sono tolti di peso dalla tradizione e adoperati nel significato ch'essi ricevono dal comune intendimento.

Questo ha fatto dire, che tutti i concetti del diritto sono empirici, ciò ch'è vero solo in parte, perchè dove si è giunti a un'elaborazione dottrinale sufficiente come ad es. nel possesso, nella donazione, nel contratto, nella prescrizione e così via, le definizioni sono state date con impeccabile precisione scientifica. Evidentemente la legge in tutti gli altri casi chiama a propria integrazione le nozioni correnti.

Per esempio, che cosa si debba intendere per « *legge nazionale* dello straniero » ammessa a valere dal nostro codice civile nel Regno, il codice non precisa. Deve trattarsi di legislazione paragonabile alla nostra? o è da prendere in considerazione anche quel diritto consuetudinario delle società meno evolute, al quale oggi si tende ad accordare pieno riconoscimento e valore? Un capo di tribù africana alcuni anni fa a Parigi si sottopose a un'operazione chirurgica, per la quale gli fu amputata una gamba. Voleva mangiarsela, gli fu impedito. Ma non si riuscì a convincerlo di non esse-

re stato defraudato d'un suo diritto, perchè secondo la legge del suo paese la gamba era di sua esclusiva proprietà e il mangiarla era l'unico mezzo di non perderla, anzi di reincorporarsi l'arto. Come sarebbe stato risolto il caso in Italia? E non si tiri fuori l'*ordine pubblico* e il *buon costume*, le due sole eccezioni che il nostro codice fa, perchè nella questione non sono in giuoco nè l'una, nè l'altra cosa.

Più significativo mi sembra il silenzio della legge circa alcuni diritti fondamentali, riconosciuti senz'alcuna esplicita dichiarazione: per es. il diritto di contrarre matrimonio e il diritto di fissare il proprio domicilio in qualunque parte del territorio dello Stato. L'esistenza di tali diritti è data per sottinteso, quali attributi della personalità e della cittadinanza.

È ancora da notare come taluni diritti, quali quello alla propria effigie, il diritto al nome, allo pseudonimo ecc., solo ora, cioè nel nuovo codice civile italiano, cominciano ad essere menzionati e tutelati.

Ciò comprova, se ce ne fosse bisogno, che l'evoluzione degl'istituti giuridici fondamentali è lentissima e dura ancora.

81. Infatti quasi tutte le legislazioni moderne, prendendo esempio dalla codificazione giustinianea, ammettono l'eventualità che, malgrado l'enorme accrescimento della dommatica del diritto, possano rimanere senza regola fatti non presi in esame o

aspetti nuovi della vita in evoluzione. Esaurite le analogie, cioè gli accostamenti del caso non contemplato a casi simili previsti e regolati; esaurita, per talune legislazioni, per es. la Svizzera, la ricerca di consuetudini; ove sussistano ancora dubbi, il legislatore rinvia ai « principi generali di diritto », come il codice italiano del 1865, o ai « principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato », come il nuovo codice italiano del 1938-XVI.

Il codice federale svizzero a questo punto — abbiamo avuto occasione di ricordarlo — investe il giudice di una funzione addirittura analoga a quella del legislatore: « le juge prononce selon les regles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur ».

Questo tormento di ricerca di princìpi, oltre il preciso disposto delle leggi, è tipicamente continentale europeo ed evidentemente ispirato alla tradizione romana, che non voleva lasciare alcun adito a dubbi.

Il mondo anglosassone, inglese e americano, non lo conosce. Nell'innato empirismo e tradizionalismo della forma mentis degli anglosassoni (1), anche il loro diritto si attiene strettamente all'analogia della *res iudicata* e fa del criterio *stare decisis* una norma inderogabile, riconoscendo assolutezza all'autorità della giurisprudenza costante — « rerum perpetuo similiter iudicataram auctoritas » —,

---

(1) V. il mio saggio: *Osservazioni di psicologia collettiva su alcuni popoli europei*, nel vol. IV, *Nuove vedute logiche*.

che d'altronde si accumula per un'invarianza voluta, non organica.

E mette conto rilevare a questo proposito una curiosa inversione di atteggiamenti rispetto al fatto concreto tra l'empirismo anglosassone e il concettualismo continentale europeo.

L'empirismo anglosassone dovrebbe essere il più vicino al caso singolo e avvertirne tutte le differenze; invece si rifiuta disinvoltamente di variare caso per caso la giurisprudenza consolidatasi nel tempo e giunge alla « nomostatistic » d'invenzione americana, cioè alla quantificazione delle decisioni già avutesi nel medesimo senso e alla « standardisation » o risoluzione anticipata delle controversie (Coke, Jaffin, ecc.).

Il concettualismo continentale europeo dovrebbe essere, nella sua necessaria astrattezza, il più lontano dal caso singolo, e indurre a sorvolare sulle differenze; e invece è quello che consente di cogliere nell'invarianza di certe costanti tutte le varietà e peculiarietà contingenti, impegna la coscienza del giudice a sprofondarsi nell'analisi dei fatti e delle prove e giunge alla sentenza più adeguata ad esso, quasi « legge del caso particolare ».

A questo proposito si deve constatare, che l'ansietà di potere pervenire alla giustizia più appropriata al caso singolo si è nella dottrina continentale europea in questi ultimi decenni persino acutizzata, fino allo spasimo. Da quando in Francia Gény pubblicò la classica opera *Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif* (1899),

colla quale egli combatteva « il feticismo della legge »; e in Germania, in seguito alla entrata in vigore del codice civile del 1896, s'iniziò il movimento propugnante l'*Interessenjurisprudenz* in luogo della *Begriffjurisprudenz* col giungere fino ad ammettere l'interpretazione *contra legem* (v. la nostra *Introduzione, V*), si può dire che è stato un crescendo di preoccupazioni per salvare la giusta sentenza del caso singolo anche col sacrificio dell'assolutezza e universalità della legge positiva.

L'Italia non ha condiviso queste ansietà, perchè la nostra dottrina è convinta, che il diritto positivo offre un sufficiente sistema di princìpi, alla stregua dei quali sia sempre possibile di adeguare le norme ai casi particolari. Questa convinzione dura da secoli e ha al suo attivo esperienze millenarie. Già il pretore romano dell'età classica sapeva disincagliare abilmente le situazioni dalle secche di un rigorismo astratto, come ha recentemente messo in bella luce il Riccobono. Il pretore o ricorreva a princìpi più generali di quelli in contestazione o trovava all'occorrenza degli espedienti processuali.

Possiamo anzi dire che questo distingueva nettamente la forma mentis romana, aliena da ogni sofisticheria, dalla greca ch'era sofistica per costituzione, e che pure ha avuto più ammiratori e imitatori, forse per la sua elegante genialità.

Un esempio chiarirà meglio sotto questo riguardo la profonda differenza del tipo mentale romano dal greco anche in materia giudiziaria. Si racconta d'un giovane ateniese che volendo apprendere da

un celebre maestro di sofistica l'arte di vincere le cause in tribunale, stipulò con lui la convenzione, che lo avrebbe pagato alla prima causa vinta. Terminato il corso d'istruzione, il discepolo non veniva mai al fatto, anzi evitava di prodursi. Alla fine il maestro minacciò di tradurlo in giudizio, tuttavia volle dimostrargli in anticipo, che l'esito sarebbe stato in ogni caso a lui favorevole: se il discepolo perdeva, doveva pagare in forza della sentenza, e se vinceva, doveva pagare lo stesso, in forza del contratto, perchè sarebbe stata quella la sua prima causa vinta. Al che il discepolo, gareggiando in finezza col maestro, rispose: « se vinco, non debbo pagarti in forza della sentenza, e se perdo non debbo pagarti lo stesso in forza del contratto ».

I sofisti greci erano anzitutto dei legulei e si può scommettere che non avrebbero mai trovato il bandolo per uscire da quell'intrigo. Ma se la causa fosse stata introdotta presso un pretore romano, si può anche scommettere, ch'egli l'avrebbe decisa in base al principio, che se la parte onerata impediva dolosamente il compiersi della condizione onerosa, la condizione doveva ritenersi verificata. Così la regula iuris di Giuliano, ripresa da Ulpiano: « receptum est, quotiens per eum cuius interest condicionem non impleri fiat quo minus impleatur, perinde haberi ac si condicio impleta fuisset » (L. 161, D. 50, 17). E in conclusione il pretore avrebbe condannato in ogni caso senza rimedio il discepolo cavilloso.

Con questi precedenti la giurisprudenza italiana può sfidare qualsiasi groviglio di situazioni colla fiducia di trovare sempre la giusta interpretazione della legge, senza bisogno d'intaccare quella *certezza della norma*, ch'è l'asse del diritto.

Solo pei casi dubbi il codice del 1865 con la formula del ricorso finale ai « princìpi generali di diritto » aveva dato luogo a interpretazioni diverse, quali in senso giusnaturalistico, quali in senso più ristrettivo. Inoltre nella legislazione italiana posteriore al 1865 s'era venuto delineando un certo dualismo di princìpi. Mentre il codice civile rimaneva sulle basi d'una *concezione individualistica* del diritto, la legislazione sociale venutasi via via formando a protezione del lavoro e delle classi lavoratrici s'ispirava a *princìpi* nettamente *collettivisti* (1).

Oggi la legislazione fascista ha superato il dualismo, facendo anche la revisione degl'istituti di diritto civile con criteri di rivalutazione e di responsabilità sociale, e ha inoltre impresso un carattere di unità a tutta la dommatica del diritto fascista. Riesce quindi più agevole precisare che cosa si debba intendere, secondo il nuovo criterio opportunamente adottato dal nuovo codice, per « principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato ».

Chi volesse ridurli in formule, potrebbe compendiarli così: 1°) primato della Nazione; 2°) pacifica-

---

(1) V. il nostro saggio: *Ancora dei princìpi generali del diritto*, in *Riv. Int. di filosofia del diritto*, Roma, 1924, III, e in uno dei prossimi volumi.

zione di tutte le classi sociali e integrazione dei fattori della vita associata sotto una disciplina unitaria per il potenziamento della Nazione; 3°) elevazione della *totalità* della compagine nazionale; 4°) rispetto della gerarchia naturale dei valori umani, non in funzione d'interessi personali e privati, ma per il progresso dell'intera collettività; 5°) rispetto dell'autonomia dei processi spirituali intesi a promuovere la creazione di una realtà umana, nazionale e storica superiore.

Mentre gl'istituti di diritto civile col passare dei secoli affondano sempre più le loro radici nella vita e accrescono così la loro efficienza e autorità, le forme processuali, pur conservando taluni tratti insovvertibili, che si possono considerare anch'essi come delle « costanti giuridiche procedurali », hanno bisogno di rinnovarsi e di conformarsi alle mutate condizioni dei tempi. Anche questa verità ha intesa il Fascismo che sotto il dettato di concetti espressi dal Duce ha intrapreso e condotto rapidamente a termine la riforma del codice di procedura civile. « Gli uomini hanno bisogno della sicurezza e della giustizia — aveva detto il Duce — ma questa non dev'essere soffocata da troppo complicate procedure. Non basta che ogni uomo senta che troverà la giustizia che cerca: bisogna che non aspetti un secolo per ottenerla, bisogna che essa sia sollecita e profondamente umana ». Il nuovo codice Grandi, promulgato il 28 ottobre 1940-XVIII ha ottemperato a questi precetti, sbandendo dal codice precedente del 1865 ogni residuo di bizantini-

smo. Esso ha dato impulso all'istituto della conciliazione giudiziale, che può in molti casi sostituire con vantaggio la contesa; e ha articolato le tre fasi del processo di cognizione, la *preparatoria*, l'*istruttoria* e la *decisoria*, in modo da avviare il più rapidamente possibile la causa al suo epilogo necessario. Inoltre ha dato una sistemazione organica, e più conforme alle esigenze pratiche, al processo di esecuzione, e infine ha immesso nel sistema della procedura ordinaria i procedimenti corporativi. « L'inserzione definitiva della legge speciale sulle controversie di lavoro nel codice processuale — aveva dichiarato il Guardasigilli Grandi al Senato il 10 maggio 1940 — non rappresenta il semplice risultato di un'opera di coordinamento legislativo, ma risponde ad una più profonda ragione di ordine politico: l'affermazione sempre più piena dell'unità di giurisdizione e l'inserzione sempre più progressiva ed organica dell'ordinamento corporativo nel nostro sistema giuridico ».

Anche in questo settore la legislazione italiana è all'avanguardia.

82. Giovane e in fase di crescenza è la parte della legislazione che va sotto il titolo di codice di commercio e che sotto questa denominazione unilaterale abbraccia, oltre i fatti di commercio vero e proprio, cioè di circolazione e scambio dei beni, le imprese industriali d'ogni sorta, i trasporti terrestri e marittimi, le assicurazioni e così via. A fatti nuovi un diritto nuovo.

L'indipendenza della legislazione commerciale rispetto alla tradizione giuridica si annuncia fin dal primo articolo, il quale prescrive; che in materia di commercio si osservano in prima linea le leggi commerciali; ove queste non dispongano, gli usi mercantili, dando la preferenza agli usi locali o speciali sui generali; e solo in mancanza, il diritto civile.

Grande significato ha a nostro giudizio questo riconoscimento degli *usi*, che già il codice civile italiano, a differenza del napoleonico, aveva chiamati a integrare in più parti, e principalmente nella materia contrattuale, le disposizioni della legge.

È in tale riconoscimento l'ammissione d'un fatto di enorme importanza, del quale i giureconsulti romani ebbero lucida coscienza: e cioè quel doversi la legge limitare ai casi più frequenti, all'« ea quae plerumque accidunt »; e l'incapacità dell'opera legislativa a prevedere tutti i possibili casi: « neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur », come avvertì Giuliano (fr. 10 D. 1, 3). A questa insufficienza inovviabile della legislazione, che noi abbiamo potuto chiaramente spiegare coi caratteri d'universalità che debbono improntare ogni norma giuridica rimediano funzioni di *autogoverno sociale;* le quali non hanno nulla di nuovo e d'inaudito nella storia del diritto, se è vero, come la Scuola storica affermò e come la sociologia e l'etnografia giuridica hanno dimostrato, che tutto il diritto alle sue origini è stato consuetudinario.

Poichè la legge non può prevedere tutto, nè comandare tutto, è bene che non siano venute e che forse non verranno mai meno le capacità di *autogoverno*, con cui le attività sociali non previste o non sufficientemente regolate da norme generali, provvedono a disciplinarsi da sè; tanto è vero che nessun rapporto umano può durare e profittare senza darsi un ordine.

D'altronde si tratta spesso di manifestazioni interessanti, quanto più sono spontanee, del genio inventivo delle varie popolazioni; vere creazioni giuridiche che non è possibile attribuire a un autore e che sono certamente frutto di sforzi plurimi delle « menti associate », che si accordano rebus ipsis dictantibus.

Il nostro legislatore civile ha dovuto ammettere tra le prove delle obbligazioni e della loro estinzione l'uso di *tacche* o *taglie* di un contrassegno, corrispondenti a quelle d'un contrassegno di riscontro, le quali per antichissima consuetudine in certi paesi fanno ancora fede fra date persone, di somministrazioni fatte e di pagamenti ricevuti al minuto.

Thilo trovò in uso negli « estivages » delle vacche nell'Alto Vallese, una forma di prova del diritto del proprietario e della responsabilità del rettore del campo, consistente in due pezzi di legno tagliati in modo da combaciare e tenuti separatamente dalle due parti.

Un legislatore, sapiente e avveduto non si sarebbe mai e poi mai appagato del modo semplice con

cui i nostri mediatori e fattori di campagna del Piemonte e d'altre regioni d'Italia conchiudono ancora oggi un contratto senza documenti scritti, nè testimoni, e precisamente con una semplice *stretta di mano*. È questo un *nudo patto*, che vale esattamente quanto un contratto formale o *patto vestito*, senza bisogno di ricorrere all'espediente suggerito da un giurista medioevale, di *vestirlo* gettando un pannolino sulle due mani nell'atto di stringersi.

Il legislatore più ingegnoso sarebbe stato assai imbarazzato a dettare norme per la vendita all'asta pubblica e a schede segrete fra analfabeti. Il problema è stato risolto elegantemente con la massima semplicità ed esattezza nel Mercato generale delle frutta e delle erbe in Palermo, dove io stesso ho osservato alcuni anni fa la scena seguente. Il banditore presenta con una certa cantilena un lotto di prodotti agricoli ai concorrenti, che gli fanno corona. Uno dopo l'altro gli offerenti lo abbracciano e gli dicono all'orecchio la propria licitazione, ch'è pertanto orale, ma segreta. Ricevute tutte le offerte il banditore colla medesima cantilena aggiudica il lotto al migliore offerente, dichiarando il prezzo dell'aggiudicazione, che ciascuno può confrontare colla offerta propria; e possa a un altro lotto.

È bene poi tener presente che non solo sfere di attività locale o a raggio limitato si disciplinano per autogoverno e all'infuori dell'ingerenza dello Stato, ma anche rapporti di notevolissima entità e a raggio illimitato. Si pensi allo sport. Esso ha i suoi codici internazionali e nazionali; ha proprie orga-

nizzazioni che dispensano o negano con potere insindacabile i titoli professionali e i diritti economici annessi; ha tribunali e corti di vario grado, che giudicano, senza appello possibile ad alcun'altra autorità, e condannano o assolvono, infliggono pene limitative della libertà professionale, cioè personale, e pene pecuniarie, spesso rilevanti; infine decidono anche delle lesioni e persino della uccisione in combattimento sportivo, creando figure nuove di fatti, per cui sono state trovate le definizioni giuridiche di « lesione consensuale » e di « uccisione tecnica ». E dove codesti tribunali condannano o assolvono, non c'è tribunale di Stato che assolva o condanni. Passa S. Maestà lo Sport! e sulla sua via non incontra che ossequio e obbedienza. Così gli statualisti del diritto sono serviti.

83. Abbiamo avuto più volte occasione di accennare, che il diritto di punire è stato l'ultimo a diventare prerogativa esclusiva e assoluta dello Stato. Esso ha pertanto dietro di sè un'esperienza piuttosto recente, influenzata dalle molte relatività da noi già passate in rassegna (Cap. VI), e sopratutto non mai definitiva, anzi in continua necessaria revisione.

La dommatica del diritto penale è fra le più immature dell'intero sistema normativo; essa d'altronde non è racchiusa tutta nel codice penale, ma è sparsa un po' in tutte le leggi, dal codice civile al codice penale militare, alle norme per lo stato di guerra, a molte leggi speciali.

Manca ancora una definizione del reato. La distinzione tra delitti e contravvenzioni è fatta in base alla diversa specie delle pene per essi rispettivamente stabilite, cosicchè non le pene variano secondo il concetto dei reati, ma il concetto dei reati secondo le pene! Tutti i concetti o figure di fatti penali sono empirici. Aggiungiamo del resto, che debbono essere empirici e riferirsi cioè alle indicazioni concrete della comune esperienza e coscienza; le quali mutano coi tempi, per cui sarebbe, più che arduo, pericoloso fissarle in termini rigidi e immobili.

Intanto che si fanno più complesse le relazioni sociali, nuovi i modi del vivere, e lo stesso animo dell'uomo si rende infinitamente più complicato che non fosse nell'antichità classica e nel Medioevo; intanto che progrediscono le nostre conoscenze sulla composizione della personalità, sulla causazione delle azioni umane e sulla psicogenesi e biogenesi delle esplosioni criminogene; il nostro diritto di punire ha compiuto una evoluzione esemplare attenendosi alle ragioni imprescindibili della difesa sociale, tuttavia col mettere in primo piano non il delitto, ma il delinquente; non il fatto in sè e per sè, ma l'autore di esso; non il semplice giudizio sull'azione delittuosa commessa, ma l'apprezzamento sulla pericolosità del reo e sulla possibilità di una recidiva. Già Seneca aveva ammonito: « nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur » (*De ira*, I, 16).

84. Tutta l'evoluzione del diritto di punire segna progresso, da quando in ogni società primitiva si cominciò a introdurre una misura certa alla reazione privata, con l'accoglimento di quel principio, praticato dalla maggior parte dei popoli, che va sotto il nome di legge del taglione. Le leggi mosaiche e le leggi di Dracone rientrano in questa fase. In essa si trovano anche le XII Tavole, che accanto al taglione classico ammettono, secondo una linea di evoluzione assai diffusa, una composizione volontaria e nei casi men gravi obbligatoria. Esse precisarono altresì penalità in denaro e in coazione fisica, ad es.: « Se falsamente tenne il possesso interinale... paghi l'ammenda per la restituzione dei frutti *nella misura del doppio* »; « se il debitore non esegue il giudicato (il creditore) lo tragga seco, lo leghi con corde o con *catene del peso di quindici libbre, ne maiore...* ». L'editto di Rotari è già tutto impostato sulla composizione pecuniaria e sul *quidrigild.*

La graduale sostituzione dello Stato all'azione diretta nel campo penale, ha poi prodotto un altro notevolissimo effetto utile, coll'imporre l'*individuazione della colpa e dell'espiazione*, che le società primitive facevano ricadere sull'intero gruppo sociale o sulla famiglia o sulla discendenza del reo. In tal modo, oltre che colla misura sempre più proporzionata tra delitto e castigo, e col carattere esemplare e intimidatorio generale assunto dall'azione punitiva, l'opera di pacificazione sociale, funzione precipua del diritto e compito preciso dello Stato,

s'è venuta sempre più energicamente attuando.

A loro volta anche i pubblici poteri hanno dovuto dare determinatezza e misura ai propri interventi. La sconfinata latitudine di facoltà cui si riferiva la grida dell'illustrissimo ed eccellentissimo Signore Signor Gonzalo de Cordova ecc... del 15 ottobre 1627, con la quale comminava ai bravi « pena pecuniaria e corporale, ancora di relegatione o di galera e fino alla morte all'*arbitrio* della Eccellenza Sua o del Senato »; era indice d'un'epoca arretrata del diritto, non facilmente ma alla fine felicemente superata.

Oggi le latitudini alquanto ampie lasciate entro dati limiti al giudice, hanno tutte una grave ragion d'essere e impongono alla coscienza del magistrato l'approfondimento del caso singolo e una valutazione quanto più possibile esatta e giusta delle effettive responsabilità.

Bisogna anche osservare che tutto il sistema penale è in aumento assoluto, nel senso che una fittissima rete di categorie giuridiche copre l'intera trama delle relazioni personali e sociali; a tal punto che è oggi estremamente difficile non incappare senza quasi avvedersene in qualcuna di esse.

Un giudizio espresso anche privatamente su taluno, un po' di maldicenza nella più ovvia conversazione tra signore, la propalazione d'un segreto personale, il millantato credito o un po' di raggiro nella comune contrattazione, la violenza morale su persone legate da affetto, il piccolo abuso quotidiano della domestica al mercato o del venditore in

danno del consumatore e così via, sono altrettante responsabilità, alle quali in fondo nulla manca per assumere la figura di fatti che la legge definisce come reati e punisce. La società usa verso tali e tante forme di sconfinamenti marginali una tolleranza più o meno larga. D'altra parte può ben ammettersi che l'onnipresenza delle categorie penali esercita un ufficio pragmatistico o pedagogico, cioè una certa pressione generale sui vari comportamenti, impedendo loro di eccedere oltre certi limiti. Così è vera, pur con molta relatività, la proposizione di Machiavelli (*Disc, mor.* II) che: « colla legge gli uomini vengono fatti buoni ».

Per altro deve riconoscersi che la fortuna o sfortuna delle leggi penali dipende non tanto dalla esattezza della loro formulazione, nè dalla loro coerenza teorica con un dato ordine d'idee morali, quanto dalla sentita rispondenza di esse coll'ethos o costume. Gli uomini della mia generazione hanno vissuto le singolari vicende del *duello*. Le disposizioni che lo vietavano e punivano erano come le grida del Signor Gonzalo, precisissime e, aggiungiamo, ragionevolissime. In teoria tutti riconoscevano ciò. Ma intanto nè la polizia, nè i tribunali riuscivano mai a impedirlo e a punirlo. La preparazione a un probabile duello faceva parte integrante dell'educazione del gentiluomo e l'essersi battuto conferiva una certa gloriola.

Il costume fascista ha mutato tutto ciò e il duello è scomparso dalla vita sociale, senza il più piccolo concorso della legge.

Anche oggi se i tribunali dei vari Stati non riescono a punire le lesioni e persino l'uccisione in combattimento sportivo, è perchè il costume non solo tollera tali fatti, ma vi concorre positivamente coll'eccitazione parossistica e coll'incitamento di intere folle in delirio.

Certo è dunque che la vita del diritto è sospesa a una realtà sociale che la condiziona e ora ne reclama a gran voce i rigori, ore ne limita o annulla l'efficacia.

Nè le indicazioni date dalle reazioni sociali e personali a determinati fatti penali sono sempre chiare. Dalla statistica dei reati di offesa al pudore nei vari paesi d'Europa, relativamente alta nelle popolazioni meridionali, bassisima nelle popolazioni nordiche, si sarebbe tentati di concludere, che la moralità sessuale sia superiore al nord e inferiore al sud; e invece proprio quella statistica rivela sotto questo riguardo una maggiore sensibilità etica delle popolazioni meridionali in confronto alle nordiche.

È dunque al costume che va principalmente rivolta l'azione correttrice e educativa, più che alle singole violazioni e alle responsabilità individuali eventualmente accertate.

E questo ha ben compreso il Fascismo nel suo regime penale suffragando in primo luogo l'azione punitrice con provvedimenti che vanno dalle *misure di sicurezza* alla riforma del *sistema carcerario e penitenziario*, con la mira precipua della rieducazione e riabilitazione dei condannati; ma sopra-

tutto con un'assidua e vasta opera educativa per l'elevazione morale e materiale del popolo.

85. Dalle prime schiette origini guerriere lo Stato ha costantemente esteso e accresciuto i suoi compiti e poteri di difesa esterna, di pacificazione sociale, di edificazione dell'ordine più consentaneo alla vita delle sue genti, di tutela dei diritti di ognuno, di buon governo degl'interessi generali della collettività.

Unico detentore dell'imperium o potestà di comandare a titolo universale, lo Stato ha assunto gradualmente, per organico sviluppo della sua funzione protettiva, dovunque si siano dimostrati decaduti o insufficienti gli altri sistemi regolativi, ammessi a collaborare, funzioni disciplinari e promotrici in ogni campo. Così esso accentra oggi in sè tutte le funzioni legislative, la codificazione degl'istituti che compongono i vari sistemi dell'ordinamento giuridico, l'amministrazione della giustizia, tutti i poteri di direzione politica e di controllo della vita associata (governo, amministrazione, polizia). La legislazione è la sistemazione dommatica più completa e coerente possibile delle funzioni ordinate e ordinanti che presiedono all'azione dello Stato e alla vita della collettività.

L'edificazione dell'*ordine*, politico, giuridico, sociale, è il costrutto di questa immensa opera, che appare astratta nelle sue grandi linee normative, mentre si riempie di vita fin nei suoi più piccoli schemi. Poichè l'ordine è sì un concepimento ideale

dello spirito creativo, ma si edifica giorno per giorno con infinite attività anonime svolte tacitamente nell'obbedienza, con rinuncie altrettanto silenziose, la più parte sottintese, non di rado doloranti; si edifica nella quotidiana esperienza dei benefici dell'ordine, ma pure nell'esperienza non meno probante dell'errore e della colpa. Anche il martirologio della quotidiana repressione violenta, a volte crudele, dei modi contrari all'ordine confessa la suprema necessità di esso. L'espiazione e, quando si ottenga, il ravvedimento del reo sono altrettanti elementi di convalida.

Tutta la legislazione assume adunque rispetto all'economia della vita e degli umani valori un ufficio di alto comando e di grande responsabilità. Molti atti umani sono contrari all'ordine non per la loro natura, ma perchè una legge li vieta.

Perciò un principio di economia deve guidare l'attività legislativa, per non moltiplicare gl'inutili attriti e conflitti con le forze spontanee della vita, i quali si risolvono in dissipazione e perdita. Quando le vie dell'ordine non vanno di conserva con le vie della vita, le leggi non riescono a diventare moduli stabili di vita concretamente vissuta, e si riducono a una dannosa vessazione. Da ciò l'autorità riconosciuta ai « diuturni mores » e alle leggi convalidate da un lungo uso. Saggiamente avvertiva dunque Ulpiano di non innovare nella vita del diritto, se non sotto il dettato d'una utilità evidente: « in rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo iure quod *diu ae-*

quum visum est » (L. 2, D. 1, 4). Sull'eccessivo legiferare grava pure la sentenza di Tacito (Ann. 3, 27): « corruptissima respublica plurimae leges ».

Si ponga inoltre mente, che la dommatica degl'istituti costruttivi della vita evolve, come abbiamo visto, in modo estremamente lento; perchè a ben riflettere le sue modificazioni non avvengono sotto la guida di concetti ben squadrati, e di teorie seducenti, ma estemporanee, sibbene soltanto a contatto con una realtà che vi si deve inserire dentro e muovercisi a proprio agio; ed è realtà proteiforme, polivalente, refrattaria alla logica formale, intimamente dominata da quella logica dei valori, ch'è il più oscuro dei processi formativi. Gli schemi ordinanti del diritto nella loro universalità solenne e augusta debbono il più spesso nella concreta realtà contentarsi di rispondenze approssimative, e lasciare alla vita di compiere entro quegli schemi, sotto una loro generica custodia e tutela, le sue sintesi, i suoi misteri e i suoi prodigi.

Capitolo X.

EVOLUZIONE E RIVOLUZIONE NEL DIRITTO

86. Il processo di formazione del diritto positivo, policentrico, polimorfo, sospinto da esigenze pratiche anzichè teoretiche; impegnato in fasi diverse di evoluzione, talune millenarie, altre recentissime, quali in piena maturità, quali appena iniziate; assoluto sempre nelle sue formulazioni necessariamente rigorose, condizionato invece nella sua efficacia funzionale a una somma di fattori solo in parte prevedibili, determinabili e governabili; si riflette nello stato in cui tutte le legislazioni, anche le più progredite, si trovano. Esse presentano un quadro non mai del tutto, nè mai definitivamente sistematizzato, fatto anzi di schemi non sempre ben connessi fra loro, in via di esperimento, elaborazione, riforma.

La vita, nella dinamica complessità dei suoi processi e delle sue relazioni, acquista nell'ordine giuridico la *certezza* di dati suoi modi utili, fecondi

di effetti favorevoli, per grandissime medie, all'economia dei valori umani, epperò privilegiati, cioè protetti in se stessi e difesi dai modi nocivi. Per questa ragione l'ordine giuridico, con tutte le sue imperfezioni, è il più poderoso presidio all'edificazione della vita e dei suoi valori. E si deve anche constatare, che nel corso dei pochi millenni di storia umana a noi noti esso ha avuto un costante incremento, legittimato dall'esperienza, che la vita e i suoi valori ne sono usciti parallelamente potenziati. Quasi per controprova i periodi di decadenza o di rottura dell'ordine giuridico si sono sempre accompagnati a decadenza e distruzione della vita.

Non è dunque solo un criterio di frequenza quantitativa, che sollecita il diritto a regolare *quod plerumque accidit;* ma è un continuo esperimento quello che si compie, pur nella sua necessaria lentezza, tra il diritto e l'economia della vita. Gli schemi dell'ordine giuridico vengono messi quotidianamente alla prova nella vita d'intere masse e vi celebrano con riti modesti e sommari o clamorosi e solenni la loro funzione provvidenziale. Essi premiano in valori di vita, di più vita, e puniscono con la privazione di quegli stessi valori offesi. « Chi non stima la vita non la merita », sentenziava Leonardo. E si potrebbe dire egualmente: « chi non stima il diritto non lo merita ».

Non per questo si può giurare che l'ordine, nelle sue diverse espressioni politiche, giuridiche e sociali sia stato sempre, ancorchè in relazione ai tem-

pi, il migliore, il più idoneo, il più proficuo. Anzi. Formazione umana, esso ha dovuto rispecchiare in sè tutte le imperfezioni e i difetti dell'umana natura. Ma anche in questa necessaria relatività, continuo è stato l'assillo della vita e continuo lo sforzo corrispondente per migliorare, almeno, gli schemi dell'ordine giuridico. Nella storia del nostro Occidente non c'è da registrare in circa tremila anni un solo periodo di riposo, di acquetamento passivo allo stato delle cose registrato negli ordinamenti, nelle consuetudini e nelle leggi; incessante è stata l'opera di revisione, di correzione, d'integrazione, d'aggiornamento, e se non nei capisaldi, quanto meno nei particolari; segno questo della singolare vitalità e capacità di progredire delle aristocratiche stirpi europee, tutte appartenenti alla più dinamica razza del mondo, la razza bianca.

In genere si può dire, che la società giuridicamente organizzata abbia preferito restare sulla terraferma dell'*ordine costituito* e migliorare l'ordine nell'ordine, il diritto col diritto, la legge con la legge; è ciò che noi chiamiamo *evoluzione del diritto*. In altre situazioni, in cui la distanza e il disaccordo tra gli schemi tradizionali dell'ordine e le mutate esigenze della vita erano troppo grandi per un passaggio graduale, si è avuta una rottura più o meno violenta col passato e l'instaurazione d'un ordine nuovo; ed è ciò che noi chiamiamo *rivoluzione del diritto*.

87. Due opposte tendenze si sono sempre scon-

trate nell'ordine giuridico. Una *stabilizzatrice*, inerente alla sua struttura logico-categorica quale funzione ordinante e alla sua finalità di assicurare la *costanza* di taluni schemi universali applicabili alle azioni imposte, ammesse o vietate. L'altra *innovatrice*, in dipendenza del perpetuo mutare delle circostanze ed esigenze della vita, cui la funzione ordinante è destinata a servire.

La dialettica dell'ordine giuridico ha dovuto sempre contemperare questi due momenti, farne una sintesi provvisoria, insieme obbedire alla spinta e alla controspinta, alla necessità del *consistere* per essere diritto e alla necessità del *divenire* per adempiere al suo ufficio di diritto. Potremmo qui parlare in termini eraclitèi d'un pólemos interiore, d'una crisi perenne dell'ordine giuridico, latente o pronunciata; d'un ritmo più o meno accelerato o ritardato tra i due movimenti inversi della stabilizzazione e dell'innovazione, tra la forza della tradizione e quella della rivoluzione; ma sarebbe troppo astratto. Ci contentiamo invece di osservare più da vicino i fattori, non sempre regolari nella loro alternanza, del concreto affermarsi e del concreto mutare dell'ordine giuridico.

88. Al consistere dell'ordine giuridico tendono naturalmente gl'*interessi* prevalenti in seno alla collettività giuridicamente organizzata, i quali rifuggono da ogni precarietà e insicurezza. Da questo bisogno procede la generale tendenza, quasi irresistibile, a voler tradurre i valori politici, economi-

ci, religiosi, morali dominanti in valori giuridici, in comandi della legge positiva. Tale trasferimento per altro non può essere mai completo, perchè solo relazioni filtrate in schemi di universalità, spersonalizzati e resi obbiettivi, possono penetrare nel circolo vitale dell'ordine giuridico. La loro pratica efficienza non si raccomanda poi nè all'autorità del comandare nè alla forza del minacciare, ma al confarsi dei comandi con modi della vita *praticamente* e *utilmente* attuabili.

Diciamo utilmente: perchè più che l'imperium, più che qualsiasi coazione e sanzione, come abbiamo visto, è l'*interesse* (1) la fonte perenne dell'autorità dei comandi giuridici, i quali assicurano sempre date *situazioni di privilegio e di vantaggio* (Capitolo IV). Dove la fonte dell'interesse si essicchi, anche la funzione d'un comando giuridico perde di valore, intristisce e si estingue.

Intanto la stessa legge dell'interesse preme per una necessaria mutazione dei diritti costituiti. E preme da due parti: dalla parte degl'interessi esclusi o insufficientemente protetti, che battono alle porte del diritto per il proprio riconoscimento; e dalla parte dei diritti costituiti, i quali debbono apprendere a loro spese, che gl'interessi di portata minore sono sempre meno saldi e nudriti degl'interessi di più ampia portata; debbono convincersi che gl'interessi più ristretti prosperano meglio in

(1) Per la mia teoria dell'*interesse* v. *I valori umani* - Torino, Bocca, 1907; 2ª ed., vol. IX.

un'economia più vasta e generosa d'interessi consorti; e che l'interesse più generale tende a prevalere sul particolare quasi automaticamente e, in definitiva, con beneficio dello stesso interesse particolare. Quando un conflitto tra più modelli d'ordine si determini, si può essere sicuri che trionferà quello più promettente d'una più sana e ricca economia universa.

Se dunque il diritto nasce per la tutela degl'interessi dei ceti prevalenti nella collettività e quindi, come s'è visto, degli *uomini liberi;* non è meno vero, che l'ordine giuridico ha dovuto in qualche modo tutelare anche la condizione delle clientele minori; estendere una certa protezione anche allo straniero, pur affermando contro di esso la condizione privilegiata del cittadino (« adversum hostem aeterna auctoritas »); ha dovuto via via alleggerire il peso della *manus* e della *patria potestas;* prendere le parti degli *humiliores contra honestiores et potentiores;* ammettere persino, ancorchè in casi particolari, alcuni diritti degli schiavi, prima tenuti soltanto in conto di *res.*

D'altronde una necessaria interdipendenza, ch'è nella simbiosi degl'interessi associati, mette un limite naturale agli egoismi smodati, al parassitismo demolitore, agli sfruttamenti unilaterali, alle brutalità senza ragione e senza scopo; impone di far rientrare la cultura dei propri interessi in un'economia più generale e oculata, pena l'esaurirsi del proprio stesso terreno di cultura. Il dominus sa che se non assiste il proprio schiavo ammalato o se lo mu-

tila o l'uccide per gioco, impoverisce se stesso. Il signore feudale sa o esperimenta a suo danno, che se non ha un minimo di rispetto per le condizioni di vita del servo della gleba, vede indebolirsi le basi della propria ricchezza e potenza.

Una legge di vita insomma ha sempre forzato a rompere i cerchi egocentrici dei diritti costituiti di classi e ceti particolari per iscriverli in cerchi vitali di raggio ognora più grande. A questa legge si deve il costante incremento del valore universale riconosciuto dalla legge positiva alla vita assolutamente considerata; e il progressivo riconoscimento del diritto di tutti i soggetti umani in quanto tali a realizzare il pieno valore umano.

89. Per quanto questa tendenza espansiva del diritto sia insita nella logica del suo processo formativo ed evolutivo, il diritto nasce come un *privilegio* e conserva questo suo carattere di privilegio, chi ben guardi, fin nelle legislazioni moderne più progredite. Ancora oggi le leggi conferiscono il massimo dei diritti al *cittadino*, e solo condizionatamente ammettono lo straniero a godere dei diritti civili. Vero è che la vita umana e l'integrità personale sono oggi protette in qualunque caso a chicchessia. Questa è indubbiamente una essenziale conquista del diritto.

Privilegio alle origini, privilegio in ogni fase della sua evoluzione, il diritto non è stato mai nè concesso, nè conseguito pacificamente. Ogni sua estensione è stata sempre frutto d'una conquista.

È ciò che chiamiamo: ***la lotta per il diritto***.

Un comando giuridico nuovo è appena formulato, che già si delinea un conflitto intorno ad esso, tra la tendenza espansiva e la restrittiva. La forza conservatrice della tradizione lotta per un minimo di concessioni innovatrici; l'innovatrice per un massimo. Non un momento ha tregua il contrasto fra la spinta egocentrica a limitare rigidamente la sfera privilegiata di soggetti e di casi entro cui opera il beneficio della protezione legale; e la controspinta ad allargarla per sintesi successive, ancorchè con procedimento analogico, da particolare a particolare; sintesi che segnano altrettante tappe laboriose nella conquista del diritto.

90, In doppio modo si è svolta la lotta per il diritto: 1°) per la soppressione graduale delle gerarchie tra i soggetti di una medesima collettività e della loro diversa capacità giuridica di fronte alla legge; 2°) per l'aumento della sfera dei valori legalmente protetti. Tutto il progresso del diritto è racchiuso in questa equazione differenziale a due variabili.

La graduale scomparsa delle gerarchie giuridiche tra i soggetti della stessa società ha richiesto nel nostro Occidente, a contare dalla fondazione di Roma, circa duemila e cinquecento anni di lotte. La vittoria definitiva è stata riportata dal giusnaturalismo, che ispirò l'opera dei Principi riformatori del sec. XVIII e affermò praticamente i suoi postulati in Europa attraverso la Rivoluzione francese.

La graduale estensione delle funzioni protettive del diritto ha richiesto pur essa millenni e non è per anco conchiusa. Ancora oggi, lo abbiamo visto, lo Stato allarga il campo dei suoi interventi, persino entro la sfera d'istituti tradizionali che parevano definitivamente costituiti. Se per es. la tutela dei figli parve sempre legittimamente e utilmente affidata ai genitori, oggi lo Stato pone condizioni e limiti all'esercizio della patria potestà per una più gelosa tutela sociale dei minori. Se l'ius connubii fu sempre ritenuto fra i liberi un diritto assolutamente incondizionato e illimitato, oggi lo Stato impone limitazioni di esso a difesa dell'integrità della razza e dell'eugenica. Se il rapporto tra datori di lavoro e lavoratori parve per molto tempo sufficientemente regolato dalle norme di diritto civile intorno alla locazione d'opera, oggi tutti gli Stati moderni hanno riconosciuto necessario intervenire nei contratti di lavoro per stabilire i massimi orari diurni e notturni, i minimi dei salari, la tutela del lavoro delle donne e degli adolescenti, le assicurazioni obbligatorie e così via.

Nell'una e nell'altra direzione il valore della vita è aumentato sempre e segna ancora aumento generale. E non deve ingannare su questo punto la facilità con cui in questa nostra età rivoluzionaria si mette in giuoco la vita umana. Chi plora e giustamente sul momento distruttivo degli avvenimenti apocalittici, di cui siamo più che spettatori attori, non vede quanto c'è di costruttivo oltre la linea degl'immensi sacrifici umani richiesti; e non si ac-

corge che i conflitti emulativi estremi tra le collettività storiche sono indice di un *cresciuto*, non di un *diminuito valore della vita;* dacchè questo valore da pochi ceti privilegiati si è ormai trasfuso in intere masse di volume crescente, divenute tutte partecipi d'un eguale diritto a realizzare il pieno valore umano.

91. Il progresso del diritto, dagl'istituti della più remota antichità a noi nota, fino ad oggi, non è stato ad ogni modo continuativo e lineare.

Ci sono stati periodi di avanzata e di regresso. Per esempio Roma portò a un massimo di perfezione e coerenza allora possibile il suo sistema di diritto. L'epoca delle invasioni barbariche fu invece di decadenza giuridica, fino al rinascimento del diritto romano intorno al 1100 ad opera dello Studio di Bologna, succeduto a quello di Ravenna.

Inoltre il progresso non sempre è stato realizzato in via evolutiva, ma più volte in modo rivoluzionario. Nè per rivoluzione nella storia del diritto bisogna intendere soltanto quell'instauratio ab imis che si produce in seguito a una rottura violenta e sanguinosa contro l'ordine costituito. Ci sono rivoluzioni giuridiche che si compiono in seno al sistema con una lotta per una legge rivoluzionaria. Per esempio le leggi colle quali la plebe di Roma strappò al patriziato il totale pareggiamento dei due ordini erano leggi rivoluzionarie al paragone del diritto originario di Roma. Basti pensare a quel che rappresentò pel patriziato, non tanto la concessio-

ne di certe magistrature e dello stesso *ius suffragii*, quanto quella dell'*ius connubii* e dell'*ius auspicii*; quest'ultimo legato alla purezza del sangue e cioè della discendenza, che l'*ius connubii* veniva ad inquinare, con rischio di non avere più i vaticini.

92. Ma qui occorre fare una considerazione: che se non si ebbero a lamentare *guerre civili* in Roma per il pareggiamento dei due ordini, ci furono *guerre esterne*, alle quali la plebe apportò il proprio contributo di sangue e di beni.

Nella storia del diritto non si è tenuto finora abbastanza conto del fattore *guerra* per spiegare le ripercussioni ch'esso ha avuto nei rivolgimenti sociali interni. Ogni guerra — non, s'intende, la guerra combattuta con truppe mercenarie, degenerazione questa del vero concetto di guerra, ma ogni guerra combattuta come nell'antichità da gruppo a gruppo e come nei tempi nostri, sull'esempio di Napoleone, da eserciti nazionali contrapposti — modifica gerarchie, porta al proscenio della vita pubblica forze sociali latenti, crea diritti in chi vi ha combattuto. Perciò la guerra è per l'ordine interno d'una collettività politica l'*equivalente d'una rivoluzione* (1).

Infatti le rivoluzioni che giungono a una conquista giuridica sono quelle che muovono da sfere sociali, le quali hanno già conquistato una premi-

(1) V. *La conflagrazione spirituale* - Roma 1919 e in uno dei prossimi volumi.

nenza di fatto e aspirano a consolidarla in una situazione di diritto. Tale era la condizione che le continue guerre sostenute in servigio di Roma assicurarono alla plebe rispetto al patriziato tra il III e il V secolo dalla fondazione dell'Urbe. Tale la condizione della borghesia in Francia rispetto alla nobiltà sul cadere del sec. XVIII (« Il terzo stato è nulla, vuol essere qualche cosa e deve essere tutao » —, come scrisse l'abate Siéyès). Tale la condizione in Italia dei combattenti della Grande guerra, i quali, quando videro in pericolo i valori ideali e nazionali per cui milioni di uomini avevano combattuto e vinto, ripresero la marcia dalla trincea alla conquista del potere politico e innalzarono i segni della Rivoluzione fascista.

La quale inoltre ha dato l'esempio d'un'azione rivoluzionaria nel modo più radicale senza spargimento di sangue, senza procedimenti tumultuari e violenti, ma in una serie di leggi, che hanno via via trasformato dalle fondamenta la costruzione dello Stato e la disciplina della vita nazionale. Solo il popolo italiano, erede della grande tradizione politica e giuridica di Roma, poteva concepire e portare a compimento una sì vasta rivoluzione del diritto nelle vie del diritto, dell'ordine nelle vie dell'ordine, dello Stato coi poteri dello Stato.

Meno appariscente, perchè solo percepibile a grandi distanze, è la continua silenziosa evoluzione degl'istituti giuridici sotto la pressione generale delle esigenze quotidiane della vita e sotto la censura che le menti associate esercitano di continuo su-

gli schemi dell'ordine giuridico mediante un minuzioso riscontro fra scopi e mezzi, propositi e risultati; censura che nei popoli coscienti è divenuta una consuetudine di vita e un abito morale.

Un esempio di evoluzione lentissima durata circa mille anni è stato il graduale passaggio dal principio dell'assoluta *potestas* d'usare del diritto proprio a principi correttivi di più in più generali e pacificatori. Un primo grande passo fu la *lex Aquilia de damno*, benchè si limitasse all'*iniuria corpore corpori;* ma essa riceveva estensioni successive, dapprima analogiche, infine di più in più libere, attraverso una serie di *actiones utiles*. Inoltre la giurisprudenza romana, ravvisando un illecito giuridico in una serie di casi non previsti dallo *ius civile*, creava la categoria dei *quasi delitti;* e al principio « nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur » contrapponeva la repressione di *atti emulativi* già colpiti in sede di giurisdizione pretoria. Per gradi insensibili si giungeva all'affermazione del più ampio comando di rispetto delle altrui sfere d'interesse: « nemo locupletari potest ex aliena iactura ».

Un altro esempio di evoluzione giuridica durato anch'esso un millennio circa è quello del diritto successorio. Dal primordiale potere assoluto del pater familias di attribuire a chicchessia il titolo di heres e dal diritto agnatizio si addiviene al progressivo riconoscimento dei vincoli di sangue. L'evoluzione non può dirsi compiuta che nel diritto giustinianeo.

Un esempio non altrettanto pronunciato di evoluzione, nondimeno, in vario modo percepibile, è quello concernente la situazione giuridica dello schiavo, che pur rimanendo nella categoria delle res, riesce tuttavia ad ottenere una progressiva tutela della sua personalità umana. L'evoluzione lentissima si accentua sotto gli Antonini e avrà il suo sviluppo ad opera degl'imperatori cristiani.

93. Quali che siano i modi in cui le grandi mutazioni nella storia del diritto avvengono, bisogna ricercare ancora le cause più profonde che le determinano.

La *lotta per il diritto* è in primo piano un fatto delle coscienze e delle volontà, Essa è quindi anzitutto indice d'una maturità spirituale, di un livello umano raggiunto in sfere sociali, che non si adagiano a restare passivamente in una situazione d'inferiorità, ma si sforzano di attingere un grado di maggiori effettivi poteri, corrispondente a un eguale grado di raggiunta capacità delle forze umane.

Che cosa determini l'elevarsi o l'abbassarsi dei livelli umani, che cosa giovi al potenziamento o produca depotenziamento, quali fattori sprigionino nuove e fresche energie e quali le deprimano e corrompano, quanto vi concorra la pace e quanto la guerra, noi non sappiamo esattamente. Nella storia delle collettività che si svolge in questo nostro tempo, assistiamo a fasi d'involuzione e a fasi di sviluppo che vanno in controsenso col successo politico. La Francia vittoriosa nel 1918 si stemperava

nelle coscienze e nelle volontà e s'avviava a sicura decadenza. La Germania vinta temprava e rinsaldava gli animi e si preparava alle più potenti affermazioni della sua storia.

Con certezza possiamo solo dire, che la fase di sviluppo delle energie è caratterizzata da una severa disciplina ideale e morale, dal prevalere di motivi disinteressati sull'anarchia degli egoismi, dalla più generosa accettazione del sacrificio in vista d'un più alto destino storico e collettivo. È pure vero che lo stato di bisogno, d'insicurezza, d'insodisfazione è più propizio alla disciplina e allo sforzo creativo, che non lo stato di sazietà, di sicurezza, di distensione degli animi. La vita si raccoglie e rafforza nello stento, e la creazione di valori umani s'accende all'urto delle avversità, più che col favore delle circostanze seconde.

Con questa osservazione ci apriamo la via a considerare due dei più poderosi fattori di evoluzione e rivoluzione sociale, che di solito non vengono messi in relazione con la storia del diritto: il *fattore demografico* e il *rapporto tra la popolazione e la terra.*

94. Poco è stato sin qui considerato il fattore popolazione nella vita degl'istituti giuridici, pubblici e privati. Sembra una verità ovvia, che le istituzioni e le forme di vita associata che bastano a un piccolo gruppo non si confanno più a volumi di popolazione considerevolmente cresciuti e in costante aumento. Eppure il passaggio dall'uno all'altro regime non s'è mai avverato senza grandi lotte.

Per esempio le condizioni originarie di Roma sotto i re e nei primi secoli della repubblica mutarono siffattamente con le continue guerre e con le conquiste, da rendere inconcepibile, che il diritto pubblico e privato dell'Urbe potesse rimanere quello di prima. In ogni settore della vita romana le mutazioni avevano avuto ripercussioni così profonde, che vano e ridicolo sarebbe stato insistere su magistrature, esplicazioni tradizionaliste dell'autorità patrizia, modi di obbligazioni, forme di contratti, procedimenti giudiziali, mezzi di testimonianza e di prova, e simili, sufficienti a un piccolo popolo di patres e di pastori, che si conoscevano tutti per nome. Ora Roma era una metropoli, signora di molte provincie e in attive quotidiane relazioni politiche, economiche, commerciali con mezzo mondo. La tragedia di Giulio Cesare fu certo determinata da spiriti arretrati, che vivevano nell'esaltazione d'un passato irrevocabile e non comprendevano la funzione già sostanzialmente imperiale di Roma.

Oggi noi assistiamo a una crisi generale degl'istituti liberali, in cui, oltre tutto il resto, opera certamente il fattore popolazione. Quel rapporto diretto e personale che il liberalismo cercava di stabilire tra elettore ed eletto, tra pensiero individuale e vita del Tutto, era appena bastevole per un piccolo municipio o cantone. In un grande Stato comprendente enormi volumi di popolazione il medesimo rapporto trasportato tra l'individuo elettore e il Tutto sociale e politico, era un assurdo e si risolveva in una finzione, che i partiti politici cercarono subito

d'interpretare e sfruttare a proprio profitto.

Ma il fattore popolazione, mentre opera anche da solo coi suoi *indici assoluti* di aumento o diminuzione, si complica ancora nel *rapporto tra la popolazione e la terra.*

Questo rapporto può essere *favorevole* o *sfavorevole* secondo ch'è *aperto* o *chiuso*, cioè liberamente modificabile, o non modificabile senza lotte interne ed esterne.

Le guerre continuate che riempiono la storia del mondo antico erano una diretta conseguenza della coltivazione estensiva del suolo e della necessità di ristabilire un rapporto divenuto insufficiente tra l'accresciuta popolazione, le terre possedute e le forze destinate a lavorarle. Quando la disponibilità di territori prossimi si esaurisce e la densità demografica cresce, la lotta ripiega all'interno e diventa conflitto sociale e giuridico tra la classe che monopolizza la proprietà fondiaria e le più vaste sfere di popolazione proletaria che ne sono escluse.

La storia moderna d'Europa è passata sotto questo riguardo per due periodi principali: il periodo delle scoperte geografiche, in cui si ripristinò insperatamente un rapporto aperto e favorevole fra le popolazioni in aumento e le nuove terre praticamente illimitate; e il secondo, dopo la fine delle scoperte e conquiste, allorchè il mondo risultò scompartito tra tante sovranità teoriche, senza alcuna rispondenza tra la forza demografica del popolo dominante e il territorio recintato. La lotta dapprima cambiò segno e divenne interna nei popoli che per

la crescente densità demografica dovevano avvertire tutti gli svantaggi del rapporto chiuso con la terra, ed erano costretti a farsi un posto per vivere altraverso una serie di conflitti sociali e giuridici. Oggi è ridiventata lotta fra Stati, dacchè i popoli più prolifici hanno compreso, ch'è venuto il momento di riesaminare i titoli delle sovranità astratte sul mondo e di riaprire il rapporto tra la forza demografica di ciascun popolo e le terre ancora disponibili. Su questo tema Luigi Valli scrisse un libro, *La Terra*, molto istruttivo.

All'esame di queste due coordinate massime della storia, la popolazione e la terra, molti fenomeni storici e sociali s'illuminano. Ci limiteremo a un riferimento, perchè poco studiato sotto questo profilo. Verso la metà del sec. XIX in Italia ebbe luogo una considerevole mobilitazione della proprietà fondiaria pel cessare dei fidecommessi, per lo svincolo della manomorta, per lo scioglimento delle corporazioni religiose, pel nuovo regime giuridico della proprietà, che i nuovi codici italiani venivano attuando. In tal modo si stabilì un rapporto favorevole tra il ceto agricolo e la terra. Ne seguì uno sbalzo in avanti, che ebbe un felice contrassegno nell'aumento della natalità. Si sa: la terra chiama figli. Alla seconda generazione, per l'effetto combinato del numero di figli e del diritto successorio, il rapporto era già meno favorevole. Alla terza generazione esso risultò frazionato al punto da divenire nettamente sfavorevole. Cominciò allora l'epoca delle sanguinose sommosse e delle incoercibili migra-

zioni transoceaniche, alla ricerca d'un nuovo rapporto aperto colla terra (1).

Per altro il rapporto aperto o chiuso tra la popolazione e la terra non spiega soltanto i grandi fenomeni sociali e politici; ma ha anche un'influenza manifesta sulla configurazione degl'istituti giuridici, primo fra tutti quello della proprietà.

Il monopolio della proprietà fondiaria nei ceti privilegiati condusse già nella Roma repubblicana, e poi nell'età feudale e fino alla soglia dei tempi nostri, a quella scissione tra la nuda proprietà e il possesso effettivo, a quella distinzione tra proprietario e coltivatore, a tutto svantaggio del coltivatotore, che dette luogo a una serie di contratti penosi e laboriosi per contrapporre e legare a un tempo i due termini antitetici. Si delineò così la figura giuridica del *dominio eminente* e del *dominio utile*, come nell'enfiteusi; della locazione e della conduzione del fondo, come nel contratto d'affitto, e in sostanza si vennero accumulandó sulla terra gravami su gravami, canoni, censi, decime, livelli, gabelle, ecc. a beneficio d'una proprietà astratta e assente. Ci voleva il Fascismo per intraprendere oggi, in pieno secolo XX, un'epica lotta col latifondo siciliano.

95. Possiamo dire in sintesi generale, che c'è una legge storica per la quale « l'aumento assoluto della popolazione e il suo aumento relativo in un *rap-*

---

(1) V. il mio saggio *La terra, la casa e la famiglia*, in « Osservatorio Economico » del Banco di Sicilia - Palermo, 1935.

porto chiuso colla terra producono una disintegrazione delle situazioni di ostacolo allo sviluppo delle forze umane, e promuovono una nuova *integrazione sociale* su altre basi ad esso favorevoli ».

La società feudale fortemente gerarchizzata gradino per gradino fin nelle sue ultime unità entro una costituzione ferrea divenne tale un ostacolo all'economia vitale di popolazioni in aumento e in un rapporto chiuso colla terra (al quale per poco esse sfuggirono con le Crociate), che un progresso non poteva aversi se non spezzando i quadri di quell'organizzazione sociale e giuridica e sottraendo le singole unità umane a una disciplina innaturale e oppressiva. Fu questa l'opera del giusnaturalismo, del liberalismo in politica, del liberismo in economia, del costituzionalismo.

Un secolo e mezzo di esperienze produssero tutto il bene e tutto il male, che i nuovi concepimenti potevano arrecare, con la liberazione delle forze umane da una parte, ma nell'assenza d'ogni relatività dall'altra. I popoli europei triplicarono di volume, ma crebbero anche in una disorganizazzione dissipatrice, che nel suo « rapporto chiuso » coi rispettivi territori moltiplicava gli attriti e i conflitti sociali in pura perdita.

All'uscire dalla grande guerra, nella quale la crisi dell'individualismo demoliberale apparve manifesta, annotavamo: « Noi ci muoviamo verso una nuova *integrazione sociale*. Il problema si pone così: come conservare alle forze umane le basi del loro massimo sviluppo e rendimento subordinan-

dole a una disciplina riflessa di solidarietà sociale? »
E soggiungevamo: « chi dice integrazione sociale dice solidarietà e dice giustizia sociale » (1).

Chi voglia oggi darsi conto della vera portata dell'azione rivoluzionaria del Fascismo, deve riconoscere, ch'essa s'è svolta nelle due sole direzioni utili: imporre l'*idea sociale* dovunque può essere affermata la plusvalenza d'un interesse collettivo sugl'interessi particolari; e lasciare alle forze umane nell'orbita della disciplina nazionale la loro iniziativa e responsabilità.

L'ordinamento corporativo è impostato su questi criteri di massima. Con la stessa misura è stata condotta la revisione dei codici civile e penale, è stata ispirata la legislazione speciale, sono state create tutte le nuove forme di assistenza sociale, moltiplicati e moderati a un tempo i nuovi compiti dello Stato (Cap. VIII).

Romagnosi additava alla politica dello Stato i due altissimi fini: il riconoscimento del maggior possibile *valore sociale dei cittadini* e *il pareggiamento delle utilità*. Queste possono essere considerate anche le direttrici del Fascismo nel promuovere positivamente la costante elevazione della totalità nazionale e nel combattere la degenerazione plutocratica sempre pronta a verificarsi, pur in mezzo al fermento rivoluzionario, per l'indomabile egoismo che facilmente si accentua nelle sfere influenti.

---

(1) V. il nostro discorso: *L'ora presente* - Palermo 1920, che sarà riprodotto in uno dei prossimi volumi.

96. A sviluppo dell'idea sociale che il Fascismo va attuando in ogni settore della vita nazionale, noi abbiamo proposto altrove talune estensioni delle *assicurazione sociali* e vi insistiamo qui, perchè siamo convinti che in tema di evoluzione giuridica della socialità i due sviluppi del principio assicurativo obbligatorio che qui torniamo a indicare possano riuscire non solamente fecondi di bene, ma esemplari. Intendiamo: 1) le *assicurazioni sociali giudiziarie; 2) Le assicurazioni sociali scolastiche* (1).

1. Poichè l'esercizio della funzione giudiziaria, nella sua insindacabilità, nonostante ogni più scrupoloso accorgimento del magistrato, può fare vittime e danni, tanto in sede di giudizio penale, quanto anche in sede d'istruttoria — rischio questo a cui qualunque cittadino è esposto —; e poichè inoltre c'è in ogni reato un danno economico, che non sempre il reo è in condizione di risarcire — rischio anche questo al quale chiunque è parimenti esposto —; considerata nel primo caso l'improponibilità d'un'azione di risarcimento contro lo Stato, e nel secondo caso l'impossibilità che la parte lesa venga indennizzata dal reo; poichè infine questi rischi sono da una parte universali e dall'altra inerenti alla vita sociale; non c'è che la società che possa essere chiamata a rispondere in solido dell'ingiusto danno. Il mezzo più acconcio a noi è sembrato

(1) V. i nostri saggi: *Le assicurazioni sociali, revisione e sviluppi* e *Le assicurazioni scolastiche,* nella Riv. *Le assicurazioni sociali,* Roma, pubblicati il primo nel 1927-V n. 3, e il secondo nel 1933-XI n. 1.

un'*assicurazione sociale obbligatoria* per tutti. Essa dovrebbe essere diretta: 1) contro l'*errore giudiziario*, in caso di condanna revocata; 2) contro l'*errore di procedimento giudiziario*, in caso di detenzione oltre un certo tempo, seguìta da proscioglimento; 3) contro i *danni civili* prodotti da un reato e liquidati per sentenza, ma che il reo non sia in grado di risarcire. L'effetto di tali risarcimenti dovuti alla solidarietà sociale avrebbe una incommensurabile portata etica.

2, Poichè tutta la società è interessata a che la cultura sia massimamente promossa e diffusa, l'istruzione non dev'essere più considerata come un mezzo di agguerrimento del singolo per vincere meglio nella concorrenza coi suoi simili, secondo la concezione privatista e liberista del passato, ma come un bisogno eminente dell'intera società. A questo bisogno si deve provvedere rendendo possibile a ognuno, che ne sia realmente capace per doti mentali e per vocazione, l'acquisto d'un massimo della cultura rispondente alle sue effettive capacità. Un esame dei bilanci ci ha condotti alla constatazione, che attualmente in Italia il privato concorre alla spesa dell'istruzione media e superiore con un decimo dell'intero onere sostenuto dallo Stato; e che tuttavia tale frazione basta ad assicurare a chi può pagarla *il privilegio della cultura*. Un'*assicurazione scolastica obbligatoria* per tutti dovrebbe a nostro giudizio sostituire interamente il vieto sistema delle tasse scolastiche, reliquato d'un compromesso tra lo Stato e il privato cittadino; fornire

allo Stato i mezzi più cospicui per dare il massimo sviluppo al sistema degl'istituti d'istruzione pubblica; far dichiarare gratuita per gli alunni l'istruzione in tutti i suoi gradi; e infine consentire all'autorità scolastica di compiere una selezione degli alunni, per indirizzarli secondo le loro reali capacità, senz'alcuna limitazione pei più dotati e indipendentemente dall'ambiente familiare da cui essi provengono e dai luoghi in cui risiedono. Anche questo sistema arrecherebbe frutti d'un incalcolabile valore sociale e politico.

97. L'*idea sociale*, che prende oggi più o meno consistenza in tutte le legislazioni moderne, acquista una fisonomia spirituale e maggiore efficienza per alcuni popoli di più matura civiltà, diventando *idea nazionale*.

Abbiamo già altrove illustrato ampiamente il processo di formazione delle *sintesi nazionali* (1), e chiarito come tali sintesi, lungi dall'essere un modo di coesistere comune a tutti i popoli, sono fatti spirituali ristretti a una vera *aristocrazia di popoli* (2).

Una certa sintesi nazionale conobbero i Greci, quando, a dire d'Isocrate, lo Stato ateniese aveva fatto in modo che il nome di Elleno fosse « una denotazione più di cultura spirituale che di discendenza e appartenenza etnica ». La conobbe Roma,

(1) V. il nostro saggio: *Le sintesi nazionali*, nel vol. *La conflagrazione spirituale* - Roma, 1919, e in uno dei prossimi volumi.

(2) Con questo titolo venne riprodotto e ampliato il saggio delle *Sintesi nazionali* nei *Quaderni dell'ora* - Milano, F.lli Treves, 1918.

quando nel mondo soggiogato diffondeva il *modus romanus* e dava la coscienza orgogliosa di dirsi romane alle genti più diverse e prima nemiche; come inneggiò il poeta gallo Claudio Rutilio Namanziano: « fecisti patriam diversis gentibus unam..., urbem fecisti quod prius orbis erat ».

Rotta l'unità dell'Impero, sopraggiunte nuove stirpi con altri costumi, altri linguaggi, altre tendenze e capacità d'incivilimento, le nuove sintesi nazionali nei diversi popoli europei impiegarono molti secoli a formarsi, e non si compirono dovunque, nè nel medesimo tempo. In molte regioni d'Europa gl'irriducibili contrasti di razza ostacolarono l'unificazione spirituale, ch'è alla base della nazionalità. Dove invece una disciplina spirituale superiore fu possibile, sotto l'azione di molteplici fattori, etnici, linguistici, economici, politici, religiosi, si vennero elaborando processi unificatori multipli, giunti variamente a maturazione. In Italia furono certamente decisivi la maggiore omogeneità etnica, frutto d'una selezione millenaria guerriera, che lasciava sopravvivere sul nostro territorio soltanto stirpi compatibili fra loro; inoltre la grande tradizione di Roma e del diritto romano, divenuto nel Medioevo *diritto comune;* l'unità religiosa e l'unità linguistica, ancorchè refratta nelle parlate locali, tutte ramificazioni diverse d'un medesimo ceppo. Il segno della compiuta sintesi nazionale è la capacità di produrre valori umani originali, d'uno stile particolare e nondimeno d'irradiazione universale. Sotto questo aspetto la sintesi

nazionale italiana maturò molto prima dell'unità politica.

L'idea di *Stato nazionale* non poteva nascere che in Italia e fu infatti enunciata dalla filosofia politica di Romagnosi, sviluppata da Cattaneo, predicata nel vivo dell'azione politica da Mazzini, insegnata per oltre mezzo secolo dai nostri giuspubblicisti, con a capo Pasquale Stanislao Mancini.

Solo che generosamente il principio fu elevato a base d'un ordine universale e voluto applicare anche dov'esso non era minimamente applicabile. Favoriva l'equivoco l'ambigua terminologia francese e inglese, che chiama *nation* qualunque popolo. Di lì pure l'errore di costituzione della defunta *Société des Nations* o *League of nations*, dove emissari di popoli arretrati e di razze inferiori sedevano alla pari coi delegati delle nazioni più civili del mondo. Se non che razza si nasce, nazione si diventa.

98. Lo Stato nazionale in confronto ad altri Stati ha un massimo di coesione politica e può spingere più innanzi l'integrazione sociale, cementata, oltre che da tutte le solidarietà che l'economia della vita consiglia e giustifica, da quella mutua compenetrazione delle coscienze e da quell'unità morale, cui si debbono le odierne prodigiose manifestazioni all'unisono di grandi popoli spiritualmente unificati, come ad es. l'italiano e il tedesco.

Sotto il riguardo nazionale la protezione dello Stato va oltre la semplice tutela della consistenza biologica del popolo, oltre la stessa generica cura

dei bisogni culturali, comuni oggi a tutte le genti civili; esso assume una più speciale custodia e tutela dei *valori nazionali* e del loro potere irradiante nel mondo.

Infatti le sintesi nazionali produttrici di valori originali sono sì una creazione storica, ma non mai definitivamente compiuta e non mai localizzabile del tutto nel tempo e nello spazio. I valori nazionali sono non in quanto sono esistiti, ma in quanto sussistono; epperò debbono essere di continuo ravvivati per non decadere, trasmettersi e propagarsi per non perire. Inoltre vivono emulativamente. Una nazione può restare ben presidiata entro le sue frontiere geografiche, politiche e militari e subire la servitù spirituale di popoli più riccamente produttori di valori; mentre può a sua volta portare la propria sottile dominazione entro le frontiere politiche altrui colla sola virtù attrattiva dei valori spirituali suoi propri.

Nell'ora presente assistiamo al fallimento della politica di nazionalizzazione coattiva attraverso le artificiose costruzioni politiche dei *Trattati di pace* consecutivi alla conflagrazione degli anni 1914-1918, e definiti più esattamente *Trattati di guerra.* Il principio di nazionalità ha rivelato la sua potenza dov'esso corrispondeva a una realtà storica e attuale, ma anche i suoi rischi nelle sue estensioni impossibili. D'altro canto i popoli europei chiedono oggi in primo luogo di vivere. E questo imporrà di considerare il problema dell'economia della vita di tali e tanti popoli entro schemi d'ordine più ampi

e proficui che non quelli fino ad oggi escogitati (1).

99. Indubbiamente lo Stato è l'ente massimo che l'economia della vita d'una collettività abbia sinora creato, per evoluzione e per rivoluzioni, a propria tutela.

Le relazioni fra Stato e Stato, oggetto precipuo del diritto internazionale pubblico si svolgono sotto un postulato universale di *reciprocanza* e in forza d'un *contrattualismo*, che presiede alle alleanze, ai trattati e allo stesso *diritto di guerra*.

Non sfuggì alla sagacia dei giuristi romani, che l'*ius gentium*, ancorchè da essi prevalentemente concepito in funzione del diritto privato, non sarebbe mai esistito, e le relazioni tra genti diverse non sarebbero mai uscite dal caos, se non si fosse anche qui introdotto quel coefficiente di *certezza*, che noi abbiamo individuato come il momento propriamente costruttivo di qualunque schema di diritto. E ciò espressero nel principio: « pacta inter ipsos hostes servanda sunt ».

Ma la vita internazionale non si svolge soltanto tra gli Stati; anzi di regola tra cittadini di Stati differenti; e le loro relazioni sono regolate da schemi di diritto appropriati, anch'essi frutto d'una elaborazione millenaria, che compongono il *diritto internazionale privato*.

Tali schemi si possono riguardare come i tenta-

(1) V. i nostri articoli *Guerra di sistemi* e *Nasce la nuova Europa* in « Nuova Antologia », 16 maggio e 1° luglio 1940-XVIII (vol. X).

coli dell'ordine giuridico protesi oltre le frontiere politiche dei vari Stati per attuare fin dov'è possibile postulati d'ordine, cioè di economia della vita e dei beni, indipendentemente dalla cittadinanza dei titolari, e in ogni caso con utilità reciproca e generale.

È chiaro che anche qui il diritto compie questo ufficio in funzioni di *universalità*, e che quanta maggiore stabilità e certezza verranno acquistando i principi d'ordine giuridico fra gli Stati e fra cittadini reciprocamente stranieri e viventi in paese straniero, tanto più il diritto eserciterà anche in questo campo la sua benefica influenza, con l'assicurare la regolarità, continuità e proficuità delle relazioni umane.

Il diritto internazionale pubblico e privato, pur nella straordinaria precarietà delle sue statuizioni, dimostra ad ogni modo che la funzione dell'ordine giuridico non si arresta alle frontiere politiche. È anzi lecito formulare l'ipotesi, che, come l'ordine ha pacificato e reso fra loro solidali popolazioni diverse che prima si combattevano, e le ha unificate e armonizzate sotto la disciplina d'un solo Stato; l'ordine stesso possa ancora svilupparsi con la sua dialettica categorica e protettiva, sotto l'ispirazione di princìpi di economia umana più complessa e più generosa.

Quel processo associativo tra le genti d'Europa, onde, dopo la caduta dell'Impero d'Occidente, si vennero ricostituendo sui frantumi comunali e feudali più vaste unità economiche e politiche, crean-

do di più comuni e feudi le signorie, di più signorie i principati, e di più principati i grandi regni e le grandi potenze; può riprendere ancora, senza nulla togliere all'autonomia dei singoli Stati, nè all'indipendenza spirituale delle diverse genti, a far solidarizzare fra loro in unioni plurinazionali popolazioni e territori legati a condizioni di esistenza complementari.

Certo le forze dell'associazione accennano a una ripresa per dare all'economia della vita europea una consistenza e sicurezza, qual'essa non ha mai più avuta dall'Impero romano in fuori.

A quest'opera di pacificazione e di armonizzazione il diritto potrà, dovrà anzi, concorrere con l'invenzione di schemi d'ordine più intelligentemente comprensivi e più coraggiosamente innovatori: il diritto internazionale pubblico, escogitando forme nuove di costituzioni politiche plurinazionali meglio profittevoli a più popoli consorti; il diritto internazionale privato, con l'unificazione di quegl'istituti giuridici, che non hanno alcuna seria ragione per variare di qua e di là d'una frontiera qualsiasi, mentre ne hanno molte per affermare la loro identità funzionale universale.

Non mai come ora il tempo è stato propizio per es. a quel *diritto mediterraneo unificato*, che fu uno dei grandi e luminosi concepimenti di Vittorio Scialoja.

100. I processi evolutivi o rivoluzionari del diritto, pur nelle loro diversità, nella loro disconti-

nuità, nei loro contrasti, hanno tutti prodotto aumento del potere disciplinare dell'ordine giuridico, e accordato una progressiva prevalenza agl'interessi associati sui motivi particolaristici. Noi stessi siamo testimoni dell'arricchimento dell'ordine giuridico per potenza e contenuto, nel passaggio dalla concezione individualista e giusnaturalista, ancora dominante nel codice civile del 1865, all'*idea sociale;* dall'idea sociale all'*idea nazionale,* dall'idea nazionale ai primi saggi di *formazioni plurinazionali.*

È sempre la medesima legge di economia che immette la vita negli schemi d'ordine di un'integrazione sociale crescente, attuabile con funzioni di universalità; le quali affermano vieppiù l'interdipendenza potenziatrice dei modi della vita associata, rendendoli positivamente ognora più fruttuosi.

Da questo aumento di protezione della vita e dei suoi valori esce sicuramente rafforzata in primo luogo la consistenza biologica della realtà umana. Ma il problema umano non è tutto qui, anzi può dirsi che comincia qui. E noi, per concludere, accenneremo a due suoi aspetti.

La vita umana, un infinito nel finito, ha resistito più o meno sempre a moduli troppo uniformi e rigidi; mentre gli schemi del diritto, nella loro necessaria universalità e assolutezza, non possono essere che rigidi e uniformi. I comandi giuridici, lo abbiamo detto sin da principio e confermato a ogni nuova risultanza delle nostre indagini, rappresentano una scelta tra tante altre possibilità, un'alter-

nativa tra molte alternative. Evvi dunque nell'accettazione d'un modulo giuridico una rinuncia implicita a innumerevoli altre direzioni di vita; rinuncia confortata ragionevolmente dalla situazione di privilegio e di vantaggio che l'ordine conferisce, ma a volte contrastata da fattori irrazionali che possono rendere critica l'opzione e drammatica la vita nell'ordine.

Non tutte le forze che si volgono al male appartengono ai livelli inferiori della vita (era questa una veduta unilaterale e non sempre giusta della nostra scuola positiva di diritto penale); possono anche essere forze vive incontenibili nelle comuni forme del vivere sociale, e fuorviate tra i divieti e gl'impedimenti opposti a un loro più naturale svolgimento. Pene senza fine, miserie, aberrazioni, delitti, sono pur troppo il retaggio d'un ordine soverchiamente costrittivo, ancora immaturo a dirigere dal di dentro il sano sviluppo delle forze umane. Epperò concludiamo su questo punto, riaffermando che un giudizioso funzionalismo nel concepimento e nell'applicazione dei comandi del diritto deve sostituire i falsi assoluti della tradizione concettualista e ontologizzante, affinchè il diritto, senza rimettere della sua necessaria certezza, non perda mai il suo orientamento verso un'intrinseca giustizia e dia ragione alle infinite possibilità e agl'infiniti valori anche latenti della vita.

L'altro aspetto del problema concerne l'*uomo interiore* nella sua dipendenza dal tutto. Crescono i comandi, crescono le correlazioni, crescono le re-

po è imbottito di doveri. Nulla da obbiettare in massima. Ma il problema della rispondenza interiore tra la vita personale e i modi imposti da superiori esigenze della vita collettiva, non si esaurisce nel comando della pubblica autorità; perchè quando la Patria chiama, quando lo Stato comanda, quando giunge l'ora dei doveri supremi e dei sacrifici estremi, è l'uomo interiore che deve rispondere nell'unità inscindibile della sua realtà fisica e spirituale.

È stato detto con verità, che nessuna coscienza singola, nessun individuo, può riflettere in sè e presumere di rappresentare in toto la collettività storica cui appartiene, la quale lo soverchia e trascende d'ogni lato. Ma è altrettanto vero che neppure la collettività può assorbire totalmente ed esaurire in sè il mistero della personalità umana, dalle origini insondabili e dalle mète invisibili.

E così è il problema dell'*homo interior* di S. Agostino che si ripresenta con sfingesca imperiosità, oltre tutto il finito; è il problema della *persona* di S. Tommaso, è il problema dell'*io-noumeno*, che riaffiora nei secoli, insolubile e insopprimibile, da Platone a Kant ed oltre.

Un filo conduttore per riallacciare i termini del problema nondimeno c'è. Dopo tutto quanto noi abbiamo detto intorno alle funzioni protettive dell'ordine e dello Stato nell'economia universale dei valori spirituali, è lecito postulare che la relazione tra la pubblica autorità e la spontaneità morale delle singole coscienze si ponga non in ragione inversa, ma diretta; sicchè al limite il più alto comando dello

sponsabilità, e mentre l'uomo usciva dal giusnaturalismo imbottito di diritti, l'uomo del nostro tem-Stato possa coincidere colla libera sottomissione dell'uomo interiore, Anzi questa coincidenza non è soltanto possibile, ma è quasi prestabilita in una superiore visione dell'*ordine* concepito nella sua obbiettività e santità.

Nè il soggetto morale può volgere le sue opzioni volontarie e responsabili in arbitrio, senza degenerare; nè lo Stato può condannare a caso, senza smarrire le ragioni stesse della sua esistenza.

« Vivere secondo il proprio capriccio è volgare. L'uomo nobile tende spontaneamente all'ordine e alla legge », sentenziava Goethe. E la sapienza del legislatore si esprime in funzioni ordinanti, secondo la formula di S. Tommaso: « sapientis est ordinare ». Perciò il legislatore sapiente e fondatore d'uno Stato può essere chiamato, come l'Apostolo diceva, « collaboratore di Dio ».

Al di sopra di tutte le vedute particolari e i parziali dispareri e le stesse rinuncie e perdite e i sacrifici eventuali che l'ordine impone, s'innalza la convinzione confortevole, da noi rafforzata con tutte le nostre dimostrazioni: che i comandi giuridici possono, sì, avere un raggio limitato d'azione, ma all'interno di quel raggio in nessun caso possono proporsi positivamente l'immoralità, l'ingiustizia, il danno; poichè l'universalità d'un comando immorale, ingiusto, dannoso distruggerebbe le basi del comando stesso.

Provvidenziale è dunque questa *etica necessaria*,

coessenziale del diritto e d'ogni funzione dello Stato. Provvidenziale questa potestà soltanto costruttiva dei comandi giuridici. Provvidenziale questo carattere e ufficio in ogni caso benefico dell'ordine; carattere e ufficio che persino i popoli primitivi dovettero percepire con ingenua meraviglia, quando santificarono i primi pur rudimentali schemi del diritto, deificarono i legislatori, tennero le leggi e i costumi sotto la costante protezione della divinità,

In questa sintesi di moralità e santità dell'ordine risiede la più profonda ragione dell'intimo accordo tra l'uomo interiore e lo Stato. Nè occorre a spiegarlo favoleggiare ancora di una identità tra individuo e Stato, che non è vera e, se fosse, sarebbe una inutile duplicazione; basta lasciare ciascuna entità alla propria missione inesauribile nell'economia naturale e trascendentale della vita.

INDICE DEGLI AUTORI CITATI

A

B

C

D

P

Q

R

S